Serie pratica.

I. **CODICE DI PROCEDURA CIVILE**, illustrato con le decisioni della Cass. Nuova edizione corretta e accresciuta con le decisioni più recenti . . . . Lire **2. 50**

II. **CODICE PENALE**, con la Giurisprudenza del primo quinquennio 1891-96 e gli Atti ufficiali, aggiuntevi le nuove Leggi di Pubblica Sicurezza, luglio 1894. Quarta edizione [illegible] **3. 50**

III. **CODICE DI COMMERCIO DEL REGNO D'ITALIA**, illustrato colle decisioni delle Corti. [illegible] ediz. . . . . **3. —**

IV. **CODICE CIVILE DEL REGNO D'ITALIA**, illustrato con le decisioni delle Corti. Quinta edizione . . . . **3. —**

V. **CODICE DI PROCEDURA PENALE e Legge di pubblica sicurezza con tutte le altre Leggi penali**, — con commenti teorici e pratici. Quarta edizione. **3. 50**

VI. **CODICE COMPLETO DELLE ISTITUZIONI PUBBLICHE DI BENEFICENZA**, con gli atti parlamentari, [illegible] circolari, giurisprudenza e commento pratico. [illegible] edizione . . . . **3. —**

VII. **CODICE DEL CREDITO FONDIARIO**, con tutte [illegible], regolamenti, circolari, e la legge [illegible] maggio 1891, norme per la [illegible] tariffe e tabelle. [illegible] ediz. **2. 50**

VIII. **CODICE DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA**. Leggi e regolamenti per gli affari e i ricorsi innanzi al Consiglio di Stato ed alle Giunte provinciali amministrative, con commenti e giurisprudenza. Terza edizione. . . . **2. 50**

IX. **CODICE MARITTIMO - Codice per la marina mercantile - Codice commerciale marittimo - Regolamento per la marina mercantile**, con raffronti, [illegible] tratti dagli atti ufficiali, note bibliografiche, raccolta di giurispr. italiana, commenti, [illegible] indici. [illegible] ediz. **3. 50**

X. **CODICE DEI TRASPORTI FERROVIARI**. Raccolta delle leggi, regolamenti ecc. circa i trasporti ferroviari; tariffe generali e speciali con la giurisprudenza commerciale sui trasporti. **4. —**

XI. **CODICE SCOLASTICO DEL REGNO D'ITALIA**. Raccolta completa delle leggi, dei regolamenti ecc., concernenti le università, le scuole secondarie, primarie, e ogni altro istituto d'istruzione. Con commenti, note, raffronti, giurisprudenza del consiglio superiore ecc. . . . . **4. —**

XII. **CODICE POLITICO AMMINIST.** Raccolta completa delle leggi e dei regolamenti concernenti la pubblica amministrazione nei suoi rapporti politici e amministrativi, con commenti, [illegible], giurisprudenza completa. Quarta ediz. **5. —**

XIII. **CODICE DELLE SOCIETÀ COOPERATIVE**. Raccolta delle disposizioni di Legge e di Regolamento con commenti di dottrina e giurisprudenza **2. 50**

XIV. **COMPLETO FORMULARIO** degli atti concernenti le Società Cooperative. **3. 50**

(Segue)

MANUALI BARBÈRA.

II.

FILOSOFIA

DEL

DIRITTO PRIVATO

PER

PIETRO COGLIOLO

PROFESSORE DI DIRITTO NELL' UNIVERSITÀ DI MODENA.

Seconda edizione.

1891.

INTENDIMENTI DELL' AUTORE.

Intendo per filosofia del diritto quella scienza che cerca le leggi più generali che sia possibile dei fatti giuridici, e si serve di tutti i metodi logici conosciuti e in ispecie dell' indurre e del comparare. Fare della filosofia in questo modo non obbliga a iscriversi in una delle molte sette di pensiero infestanti la civiltà, perchè la tentazione di ricorrere a spiegazioni prestabilite sorge quando si vogliano scoprire cause troppo remote o leggi universali.

Gli studiosi lettori sappiano che uno svolgimento più ampio di molti concetti in questo libro esposti si trovano nelle opere, prudentemente lette e non ciecamente credute, dello Spencer; in quelle del Maine; nel secondo volume della logica del Bain; nella *Cité antique* del Fustel de Coulanges; nei *Grundbegriffe des Rechts* del Kirchmann pubblicati

nel 1873; e nell'*Ethik* del Wundt pubblicata in sul finire del 1866.

Dedico questo lavoro al professore FILOMUSI GUELFI, perchè quattro anni di consuetudine scientifica, spesso anco peripatetica, mi hanno lasciato nel cuore un soave ricordo di affetto e un ardente desiderio del passato.

Prof. PIETRO COGLIOLO.

Libro Primo.

TEORIE GENERALI.

---

§ 1. — Che cosa è la filosofia del diritto?

Quando si ricerca come sorge il calore e come si presenta e quali effetti produce si fa della fisica: quando si chiede che cosa sia il calore in confronto al movimento, e che rapporti hanno con le altre forze si fa della filosofia. Trovare ciò che è avvenuto in un certo luogo è il compito della storia come scienza: elevarsi alle cause nascoste degli avvenimenti e renderne ragione è tema della filosofia della storia. Il diritto dice come i popoli garentiscano la proprietà, e come si venda, e con quali forme; conoscere invece perchè la proprietà sia rispettata, e in che modo ne derivi la potestà di fare testamento, è un entrare nel territorio della filosofia del diritto. È adunque chiaro in che la scienza e la filosofia si differiscono: non nella materia, che è comune ad ambedue, ma nel modo e, dirò meglio, nel grado di studiarla, imperocchè la scienza dall'esame dei fatti sorge ad una serie di leggi, e la filosofia sale anche più in alto e dall'esame di queste leggi sorge a concetti che sieno i più generali possibili. La filosofia lavora sopra la scienza e la scienza sopra la materia prima; l'una e l'altra hanno per base i fenomeni del mondo.

E come questi si riuniscono in gruppi, secondo i caratteri della loro simiglianza, e ciascun gruppo ha una scienza, come la fisica o la chimica o le altre, così ciascuna scienza ha la sua filosofia, ed il diritto ha la filosofia del diritto. I limiti tra la scienza e la filosofia derivano adunque dall' essere la ricerca poco o molto generale, ma in parecchi casi non sono mantenuti con scrupolo, e spesso avviene che l' una entri nel campo dell' altra. Suppongasi che mi si presenti a studiare l' istituto del matrimonio; posso da prima farmi queste domande: quali forme impone la legge? il marito che diritti e che doveri ha? che cosa è la dote? come si costituisce e si usa? Allora io faccio della scienza giuridica. Poscia mi propongo queste altre domande: la famiglia è sempre stata monogamica? che relazione ha con la società? su che si fondano i poteri del padre? che rapporti ebbero col progresso? Allora io faccio della filosofia del diritto. La filosofia del diritto è perciò quella disciplina che ricerca le leggi più generali e le cause più remote degli istituti giuridici; il *rerum cognoscere causas*, interpretato cautamente, è un elemento vero di ogni studio filosofico.

Queste leggi più generali e queste cause più remote si scoprono con lo stesso metodo che serve alla scienza, cioè l' esame dei fatti, del loro modo costante di essere, e delle parti comuni a più gruppi di essi. In questo lavorio, come in qualunque altro mentale, si devono usare tutte le risorse consigliate dalla logica, cioè la critica dei fenomeni, la prudente induzione, la ancor più prudente deduzione dalle leggi già trovate, e la riprova dei resultamenti dialettici nella realtà delle cose. In questi ultimi anni si è molto discusso in ogni disciplina sopra il *metodo*, e gli scrittori si son divisi nel sostenere o il *metafisico* o il *positivo*, ma la lotta di questi due indirizzi non fu posta bene, perchè il metodo è un

solo cioè il *logico*, e le differenze riguardano l'introdurre o l'escludere alcuni concetti a priori non dimostrati e simili alle *antecipationes mentis*, che riprovò il Bacone. Alla filosofia del diritto ci si deve accingere con quei mezzi di ragionamento che servono a tutte le altre scienze, e che sono insegnati dalla logica, ma non quella scolastica dei tempi passati, sì bene quella positiva e critica ch'ebbe per maestri il Mill, il Bain, il Wundt ed altri. E perciò nessun fenomeno deve essere spiegato o snaturato con idee astratte e fantastiche, ma interpretato con lo studio accurato del suo modo di nascere e vivere e morire, e con la comparazione e l'analisi.

Dovendo la filosofia del diritto posarsi sopra i fatti giuridici, presi non grezzi ma già lavorati dalla scienza dei giureconsulti, è necessario osservare che non è possibile studiarli tutti, perchè esaminare le norme di tutti i popoli del mondo e di tutti i tempi sarebbe un'opera non fattibile e non utile. Quando si sa che nelle stesse condizioni sociali e morali non può a meno di sorgere una stessa regola di diritto, diventa superfluo ripetere più volte una uguale osservazione, e la logica positiva permette e consiglia di prendere i fenomeni *tipi* e trarre da essi induttivamente i concetti. Se ad esempio nel popolo germanico la proprietà ebbe tutte le possibili fasi evolutive, perchè quel popolo variò le sue condizioni passando a traverso una serie ordinata di positure diverse, io posso studiarvi la proprietà comune, e la famigliare, e la privata, e la libera nell'allodio o la legata nel feudo; e posso con sicurezza trarne alcune leggi generali, perchè ogni altro popolo che si trovi in condizioni simili ordinerà similmente quell'istituto giuridico. La cura principale dev'essere adunque di scegliere il tipo più marcato di ogni fatto, come nella mineralogia si sceglie il cristallo più puro e più

completo. Per questo aspetto acquista un'importanza straordinaria il diritto romano, il quale ebbe tale pienezza di sviluppo non interrotto per dodici secoli (avvenimento più unico che raro), da fornire tutte le ipotesi possibili e presentare la fisonomia d'ogni età, cioè la giovanile delle XII Tavole e la decrepita di Giustiniano. Vi si aggiunga però il confronto di altri diritti, perchè è solo nel paragonare i varii fatti che se ne scoprono le parti accessorie e quelle sostanziali; e questi altri diritti possono essere il greco, il germanico, il celto e l'indiano. Alcuni vorrebbero dare molto peso agli usi dei selvaggi moderni e studiare le così dette *razze inferiori;* è una cosa certa che, essendo i selvaggi uno stato sociale che ogni popolo ha avuto, le loro costumanze dipingono il nostro passato, e nulla è così utile alla scienza che il confronto tra due civiltà tanto distanti; ma confesso che per ora questo genere di studii dà molte speranze e poca utilità, per non essere completa la nostra conoscenza delle norme e dei sentimenti dei barbari viventi, e per non essere sicura l'interpretazione che se ne suole dare; alcuni racconti dei viaggiatori sembrano avere lo scopo di divertirci e non quello di dire cose utili, e spesso l'umorismo è in una dose maggiore della verità.

Se i concetti filosofici non sono supposizioni a priori ma leggi generali circa lo sviluppo dei fenomeni giuridici, raccolti nella loro figura tipica e in tutte le positure ch'ebbero nei tempi e nei popoli diversi, la storia è l'aiuto precipuo della filosofia del diritto. Pur troppo non è così per molti sistemi metafisici, in ispecie per quello dell'Hegel, ma questa è proprio la cagione dei molti errori che infestano una tale disciplina. La filosofia è una scienza più elevata e più generale, ma è sempre una scienza; ed una scienza positiva non può nutrirsi che di fatti, i quali sono forniti dalla storia,

cioè dall'osservazione di ciò che è stato e di ciò che è. Tra le filosofie delle discipline sociali quella del diritto può meglio delle altre non cadere in astrattezze nebulose, perchè i fenomeni giuridici hanno, più che gli altri concernenti la società, un'apparenza esterna visibile e scritta, e perciò limitata e certa: è forse per ciò che i giuristi ebbero una grande parte nel sorgere del così detto *positivismo* moderno, e la scuola storica tedesca preparò con la *storia* il terreno alle nuove teorie.

Ma di un'altra disciplina ha bisogno la filosofia del diritto, cioè la psicologia dell'uomo e della società; imperocchè ogni istituto giuridico si poggia da una parte nelle condizioni economiche e politiche del popolo, e da un'altra parte nei suoi sentimenti più intimi. Chi studiasse il diritto con le idee della psicologia vecchia, la quale divertivasi a numerare le astratte facoltà dell'anima, ricadrebbe in una delle tante metafisiche passate; man mano che le scienze progrediscono, si vede il riverbero che gettano le une su le altre, e appare l'unità di tutti i fenomeni, divisi dal pensiero umano per comodo di ricerca e di esposizione.

Ora è a dire qualche cosa dell'utilità della filosofia del diritto, la quale per un lato è la utilità comune ad ogni filosofia, e per un altro lato è particolare al suo oggetto. Nell'ordine teorico delle cognizioni nostre quelle filosofiche forniscono le leggi più generali di un gruppo di fenomeni, e perciò completano il soddisfacimento del bisogno mentale di risolvere i problemi più alti e diminuire (non dico togliere) i dubbii più acuti. Quanto poi alla materia giuridica la filosofia del diritto ne spiega il passato, interpreta il presente, e prepara bene il futuro. La storia serve alla filosofia, ma la filosofia completa la storia: intendo parlare di una filosofia scientifica, non di quella vaporosa e campata in aria, che

è inutile o dannosa. Spesso si incontrano alcuni usi morti o instituzioni scomparse, che si suole raccontare ma non ricostrurre; col soccorso di alcune leggi generali già trovate, quei morti risuscitano nella scienza, e diventano gli anelli congiungenti due stadii diversi di progresso sociale. La costumanza di alcuni popoli di portare cibi e fuoco su la tomba dei defunti può sembrare una cosa strana, e non altro: studiata con un corredo di osservazioni comparate e generali, ne appare la sua importanza, imperocchè la si rannoda col culto dei morti, e questo con le antiche credenze religiose, e queste ancora con l'istituto delle successioni e dei testamenti. Il filosofo deve conoscere la storia; lo storico deve conoscere la filosofia; è sempre quel riverbero reciproco, del quale si è testè ragionato. Per il diritto presente le idee filosofiche non hanno meno valore, perchè interpretarlo largamente e capirne il vero spirito non è possibile col solo sussidio degli aforismi dei legulei pratici o con la ginnastica dialettica su le parole dei codici: in mezzo alla ciurma dei curiali vi è sempre qualche grande giurista che eleva le sue ricerche e dà l'indirizzo scientifico al suo tempo, ed il segreto della sua grandezza è la potenza di pervenire a concetti superiori, ed illuminare le regole forensi con la luce vivificatrice di una sana filosofia. Ma il futuro come potrà essere preparato e affrettato? In ogni popolo i grandi pericoli sono due: o che alcuni sognatori, superando col pensiero le congiunture di tempo e di luogo, perdano le forze in riforme ideali e conducano la società o nell'inerzia dell'impossibile o nella frenesia del non fattibile; oppure che alcuni miopi senza scopi elevati si appaghino di soddisfare i bisogni prossimi ed urgenti, atrofizzando l'entusiasmo del progresso e vivendo giorno per giorno senza la speranza di grandi avvenimenti. Dalla filosofia del diritto le ri-

forme giuridiche possono trarre buon avviamento ed equilibrarsi tra l'ideale troppo spinto e l'opportunità troppo immediata; se infatti ci sono note le leggi generali di sviluppo seguite da tutti i consorzii sociali per tanti secoli, è possibile fare entrare nei limiti severi della scienza alcune divinazioni per l'avvenire, e preparare le condizioni favorevoli a ciò che dovrà poi accadere. Non altrimenti fa un buon medico: conoscendo il corso di una malattia prevede gli stadii per i quali passerà l'ammalato, e con cautele o rimedii preventivi dispone il corpo a subire i fenomeni morbosi o lo aiuta a fargli nascere quelli favorevoli. Guai se una società non credesse di potere uscire presto da un male presente od entrare prima in un bene da venire: se l'evoluzione seguisse un corso fatale e invariabile, sul quale l'ingegno umano non potesse agire, converrebbe addormentarci nell'ozio ed attendere tranquillamente l'evento dei fati. La storia ci ammaestra che le grandi riforme giuridiche, come i codici o alcune leggi fondamentali, furono appunto preparate da una schiera di giuristi discutenti con larghezza di vedute, facenti cioè della filosofia vera: e quando in un periodo di tempo essi mancano, e regna il brulichio dei pedanti commentatori ad uso della pratica immediata, si è sicuri che quella società è ancora molto lontana da benefici ringiovanimenti o da vigorose riforme.

Il campo della filosofia del diritto è adunque il diritto; la quale verità chiarissima non fu sempre ricordata dai filosofi passati, che unirono la ricerca del fenomeno giuridico con altre questioni più oscure come l'origine del mondo o la natura del pensiero o lo scopo dell'uomo. Vi contribuì pure il desiderio costante di ridurre tutto ad una teoria armonica spiegatrice d'ogni cosa sia fisica e sia morale, e pervenire al principio sommo o all'idea suprema, che Platone chiamava νόησις

νοήσεως; sì che il Kant volea che si facesse una metafisica del diritto, la quale cercasse l'essenza di esso fuori dell' esperienza e in un ordine di concetti a priori, dedotti *logicamente* da un che universale e incondizionato. Quest' idealismo è oggi ripudiato, e la filosofia del diritto differisce dalla corrispondente scienza solo per la maggiore generalità delle leggi ricercate, avendone però in comune la materia, che sono gli istituti giuridici dei popoli, e il metodo, che è quello *logico* d' induzione e di deduzione. La filosofia è, come diceva Bacone, una *scientia altior*, e nulla più; il suo scopo è da questo grande pensatore così indicato (*De augm. scient.*, I, I, p. 70): *prospectiones fiunt e turribus, et impossibile est ut quis interiores scientiæ partes exploret si stet super plano eiusdem scientiæ, neque altioris scientiæ veluti speculam conscendat.*

§ 2. — Un poco di storia.

In tutte le manifestazioni del pensiero umano si scorgono sempre due diverse tendenze: o ci si trasporta fuori della vita in un mondo di idee astratte e di sogni mentali e di ragionamenti senza prove, e si fa dell'*idealismo;* oppure ci si ferma a soddisfare i bisogni materiali, e si cerca l' immediata utilità delle cose, e ci si appaga di ragioni volgari e miopi, e si fa del *materialismo.* Con varii nomi e con le vesti di sistemi diversi, più o meno pomposi e ben fatti, tutti i tempi ebbero questi due indirizzi; ed essi sono così connaturati in noi, che anche in ogni uomo si rivelano ambedue in alcuni periodi della vita. Ciascuno di noi talvolta si sente pieno di speranze e di belle idee, e si riposa in un insieme di paradisi intellettuali, ed è un idealista; ma ciascuno di noi ha poi dei momenti, nei quali non vede altro che dolore, e non trova buono che

il godere, e sprezza i sentimenti puri, e calpesta la religione, ed è un materialista. Come è l'animo nostro così è la poesia e l'arte e tutta la vita di un popolo: patimenti e piaceri, timori e desiderii, fede e scetticismo, purezza di concetti e smania di solletici fisici, sono commisti assieme e formano il dualismo della civiltà, cioè l'anima e la materia, Dio e il diavolo, i trionfi e il carcere, l'ascetica contemplazione e il riso di Mefistofele, l'eccitamento alla lotta e l'ozio del gaudente. Il carattere della scienza però è di essere estranea a queste emozioni del sentimento, e mostrarsi impassibile di fronte ai mutamenti psicologici interni, perchè la verità è fredda e inalterabile: pur troppo la filosofia non fece altrettanto, e la storia mostra come anch'essa partecipò sempre alla varietà di fisonomia dell'arte e della letteratura. Ma l'indirizzo moderno cerca appunto di porvi rimedio, e ridurre la filosofia a scienza, limitandone il compito alla ricerca delle leggi più generali dei fenomeni: così è che fare della filosofia del diritto è possibile senza essere idealisti o materialisti, perchè l'indurre i concetti, per quanto universali, dai fatti è una funzione che non prende parte ai movimenti repentini dell'animo. La fede e la scienza, cioè i sentimenti e le idee sono, come nota lo Spencer, i due grandi campi dell'uomo e della società; la filosofia non appartiene alla fede: dunque appartiene alla scienza.

Fino a questi ultimi tempi la filosofia del diritto si ravvolse per secoli in sistemi ideali, diversi nel modo di essere proposti, ma uguali nello sforzo di *dedurre* tutti gli istituti giuridici da *un solo* principio ammesso a priori, non dimostrato nè dimostrabile. Nella Grecia fu Platone che ordinò questi concetti in una completa teoria: nel mondo delle idee perfette, da lui immaginato, l'idea del giusto è accanto all'idea del bene, e le società umane cercano di interpretarla e applicarla con

le leggi civili. All'insieme delle *idee* gli stoici sostituirono la *natura,* intesa come forza indefinita e preesistente alle cose materiali, e il diritto era il sistema delle norme ispirate ai precetti naturali. Lo stoicismo passò a Roma e colorito dalla fede cristiana vi trovò un terreno fertile; penetrò nelle dottrine dei giureconsulti romani, i quali per fortuna non gli sacrificarono il loro criterio pratico, e solo vi si ispirarono nei concetti di *ius gentium* e *ius naturæ.* Col *cogito ergo sum* del Descartes (1596-1650) ebbe principio nell'epoca moderna la vera filosofia astratta, dalla quale derivò tutto il passato *razionalismo;* per essa non è ammesso che quello che viene dalla ragione e che è *logicamente necessario;* ciò che ne è fuori è una cosa secondaria, perchè non vi è altro di vero che la ragione pura con le sue leggi formali di conoscenza. Tutto quello che è contrario o non è conforme al pensiero o non esiste o non è buono, e le cognizioni si devono ottenere non *mediante* la ragione, ma *dalla* ragione. E perciò non dalle idee di Platone o dal Dio dei cristiani o dalla lex æterna del medio evo, ma dal pensiero deriva il diritto, il quale non sorge dalla società, ma riguarda l'uomo come essere pensante e si fonda sopra un suo istinto naturale: donde il *diritto naturale,* il cui scopo prescinde dallo stato e dalla storia e mira solo a dare precetti per l'individuo e far trionfare la ragione su le passioni. Quindi è che Kant poneva questa norma suprema: *opera secondo una legge che possa essere universale e che non faccia nascere contradizione con sè stessa.* Il diritto naturale non si cura delle varie congiunture di fatto, e non valuta nè il tempo nè il luogo, ma cerca il vero nella sola ragione e riconosce per unico bene la *libertà,* dalla quale deriva gli *iura connata:* alla *storia* sostituisce la *logica,* ai *fatti* i *sillogismi.* Ma la libertà di ognuno porta con sè l'uguaglianza; e allora come si

giustifica la proprietà e gli altri istituti della vita reale? Si ricorre al concetto del *patto sociale,* col quale gli uomini rinunciano ai loro diritti, fuorchè a quelli innati che sono *inalienabili,* e creano lo stato. Da Grozio a Rousseau queste idee si estesero ed aumentarono, penetrando nella coscienza di tutti e producendo la rivoluzione francese: s'incominciò con l'apoteosi della ragione pura e si terminò con il sangue di una guerra civile, e la calma della dialettica logica finì per dare frenetico movimento alla ghigliottina. Avviene sempre così: un fiocco di neve che si stacca dalla vetta del monte non apparisce neppure, ma rotolando giù per la china doventa una rovinosa valanga.

Questo idealismo ebbe fin dai tempi più antichi forti oppositori, i quali con Epicuro o Carneade o Bacone o Campanella o Bruno o Locke o altri contrapposero all'onnipotenza della ragione la osservazione dei fatti, alle idee i sensi, alla logica la vita. Quest'altra forma di filosofia ebbe pure la sua storia e le sue varietà; chi fondò il diritto sopra il piacere, chi sull'utilità, chi sulla paura, chi si astenne da qualunque ipotesi per paura esagerata del razionalismo, ma tutti caddero nell'errore di voler derivare la *molteplicità* delle cose reali dalla *semplicità* concettuale di un solo principio.

È solo nel secolo nostro che la filosofia del diritto potè essere *positiva,* cioè tenersi lontana da tutte le esagerazioni, rinunciare ai problemi impossibili, e cercare concetti veramente scientifici. Non fu però l'opera di un solo pensatore nè di una scuola, ma fu il resultamento di altri studii per lo passato non coltivati; la filologia e la storia, che salirono a tanta importanza, vi ebbero la parte principale, perchè richiamando la mente dell'uomo sopra le varie figure degli istituti giuridici in popoli e tempi diversi, permisero la loro comparazione, la quale alla sua volta insegnò le leggi del loro

sviluppo e fornì un campo di idee *sostanziali,* mentre il solo e puro ragionare non potea che mettere fuori teorie formali e vuote. Alcuni illustri filosofi contribuirono ad ordinare le nuove idee, e furono specialmente il Comte, il Mill, il Darwin, lo Spencer e il Maine, ma torno a dire che esse vennero fuori naturalmente dagli studii scientifici moderni, biologici e storici e sociali, perchè un grande indirizzo del pensiero umano non è creato da un solo ma da tutti insieme, cioè dai tempi mutati. Questa filosofia presente ebbe varii nomi, coi quali continua ad essere chiamata: la si disse *positiva,* o *scientifica,* o *evoluzione,* o *darwinismo,* ma tolte le già avvenute e inevitabili esagerazioni di ogni nuova scuola, non è in fondo che una seria e terribile opposizione alle passate teorie astratte concepite a priori e campate in aria. Questa nuova filosofia ha infatti per carattere precipuo quello di scendere ad essere una scienza come ogni altra, e combattere il razionalismo: per essa la ragione è un *mezzo* e non una *fonte* di cognizioni, le quali sono date solo dai fenomeni reali del mondo. I suoi canoni fondamentali sono questi:

a) le teorie devono sorgere dall'interpretazione dei *fatti,* sieno esterni o sieno interni; le norme logiche servono solo a scoprire la verità ma non a crearla, e l'induzione è il metodo principale, mentre la deduzione ne è l'aiuto. L'*osservazione* è la fonte: il *sillogismo* è uno dei molti soccorsi logici che ne elaborano i resultamenti;

b) la filosofia del diritto deve studiare gli istituti giuridici come furono in realtà, e dal loro corso secolare trarre alcune leggi o verità generali. La storia perciò è quella che fornisce i fatti da osservare, comparare, interpretare;

c) nessun concetto a priori deve pregiudicare la ricerca: tanto sappiamo quanto la vita ci dice;

d) il diritto è un fenomeno sociale: perciò deve esaminarsi nella società. Esso non è mosso dal puro ragionare dell' uomo, ma dai bisogni del popolo: vive nelle sue condizioni tanto economiche quanto psicologiche, tanto materiali quanto morali. Perciò non è invariabile e assoluto: muta con il mutare del popolo, dei luoghi e dei tempi, e rimane fisso finchè rimangono fisse tutte le congiunture che lo hanno creato.

Questa Filosofia Scientifica non è adunque altro che uno studio positivo di un gruppo di fenomeni, con lo scopo di interpretare, indurre, e paragonare, e quindi scoprire alcune leggi più generali di quelle delle quali si occupa la corrispondente scienza. Come ogni scienza (per esempio la giuridica) non deve avere preconcetti nè ideali nè materialistici, così ogni filosofia (per esempio quella del diritto) deve esserne completamente libera: la materia della sua elaborazione è data dai fatti esistenti, raccolti in numero grande; i mezzi per trarne le verità sono la osservazione, la comparazione, l'indurre, il dedurre e *tutte* le forme di ragionamento insegnate dalla logica.

È necessario notare che questo nuovo indirizzo, distruttore del razionalismo passato, penetrò in tutte le manifestazioni intellettuali del nostro secolo; nel che è una prova che certi grandi rivolgimenti del pensiero dipendono da tutte le altre condizioni dei popoli e dei tempi. Persino l'arte e la letteratura se ne risentirono, e il così detto *verismo* non è altro che una tendenza positiva a ritrarre il vero senza creazioni ridicolamente fantastiche: pur troppo per questa via si andò a rotoli, confondendo il vero col brutto, e una scuola di artisti si dilettò a dipingere col pennello o con i versi le lordure della società, non avvertendo che l'arte deve cogliere la natura nei suoi momenti *veri* ma *sublimi*. Nelle scienze sociali penetrò pure con effetti migliori il

nuovo spirito scientifico, e si abbandonarono le teorie astratte su le forme di governo o sui diritti dello stato, si rifiutarono i concetti vuoti e ideali su la politica o su l'origine della società, ponendosi invece a considerare i fatti sociali come accaddero nelle varie epoche o presso le varie nazioni. Fu addirittura un ringiovanimento di forze scientifiche: la statistica, le finanze, la pubblica amministrazione, la politica, la sociologia divennero scienze a sè, e continuano a crescere di contenuto e di importanza. Anche qui il progresso è ritardato, come avviene sempre, dalle cieche esagerazioni dei fanatici, e l'idea di non cadere in teorie astratte e di tener conto delle condizioni particolari di ciascun popolo, ha fatto che alcuni scrittori temono di elevarsi allo studio di leggi comuni a tutte le società. Ciò apparve specialmente nell'economia politica, ove una certa scuola paurosa troppo delle idee generali e divenuta miope per timore di veder troppo lontano, è andata nell'eccesso opposto, cambiando a questa disciplina il suo nome storico in quello di economia *nazionale*. Nel diritto penale lo spirito scientifico moderno ha fatto maggior chiasso, ma fino ad ora minor bene: la così detta *nuova scuola* era partita da concetti esatti, opponendosi alle teorie astratte del vuoto libero arbitrio, respingendo le categorie prestabilite e formali dell'imputabilità, temperando il rigore non giustificato delle carceri, mostrando che i delitti sono fenomeni patologici risultanti da molti elementi anche fisici ed ereditarii; ma è poi andata in esagerazioni così puerili, in conclusioni così affrettate, in riforme così inconsulte e veementi, che ora si prova un vero disgusto a sentire sempre ripetere le solite cose con tono enfatico di apostolo e non con la calma prudente dello scienziato. Questi bollori cesseranno presto, e allora si vedrà che la nuova scuola penale ha ragione di essere nel presente

indirizzo scientifico che penetra per tutto, e si vedrà che anche questa parte del diritto deve essere spogliata dell' antica scolastica del razionalismo e vivificata dalla positiva osservazione dei fatti.

Alla filosofia scientifica sogliono molti unire necessariamente le teorie del così detto *darwinismo* od *evoluzione,* mentre sono concetti staccati e diversi per loro natura. Il Darwin ha formulato una serie di leggi biologiche sull' evoluzione degli organismi, come il lento passaggio da uno stato omogeneo ad uno eterogeneo, la lotta per l' esistenza e la selezione, l' adattamento alle condizioni circostanti, la nascita contemporanea dell' organo e della funzione. Questa teoria darwiniana fu corroborata da studii immensi sopra le piante e gli animali, aiutata dalle ricerche biologiche, e si presenta con la serietà di una grande scoperta; ma non è a dimenticare che fino ad ora è un' *ipotesi,* la quale più probabile che ogni altra e per ogni lato verosimile, dev' essere studiata sempre più dalla scienza, e perciò sarebbe rovinata, e finirebbe nel ridicolo se tutti facessero come fanno alcuni, che si appagano di ripeterla come dogma di nuova fede. Le leggi biologiche dell'evoluzione si tentò di estenderle a tutti i fenomeni, per quell' ipotesi (probabile ma non certa) che tutta la vita del mondo sia identica nella sua essenza, e sia sottoposta ad alcune leggi comuni; e così la psicologia, la società, la morale e anche il diritto furono considerati dal punto di veduta del darwinismo. I resultamenti furono meschini, perchè il darwinismo è nelle scienze naturali non solo una serie di leggi evolutive, ma anche un insieme di osservazioni acute e sostanziali; quando invece si vuol trasportarlo nelle discipline sociali, quelle osservazioni non servono più, e rimane solo la piccola parte delle leggi formali, il che è ben poco, e non getta luce alcuna. Per ora adunque si deve lasciare di sfor-

zarsi nell'applicare le leggi del Darwin al diritto, e si deve separare la filosofia scientifica, che indica un *metodo* di ricerca, dalla evoluzione, che è un'*ipotesi* biologica verosimile ma non provata. E ciò è tanto più necessario, quanto più comune va facendosi il vezzo di ripetere formalmente lo schema delle leggi della evoluzione, senza dare loro un contenuto tratto dalla storia intima degl'istituti giuridici, e senza approfondire le ricerche.

Alle esagerazioni convertenti il *positivismo* in *positivume* si aggiunge il falso uso che suolsi fare di alcune parole, nelle quali par che sia la moda come negli abiti o nei costumi: con un gergo di termini presi alle scienze fisiche e mediche, come *tessuto connettivo, equilibrio delle forze, organismo, funzioni riflesse, dinamica sociale, cellule giuridiche, condizioni patologiche,* e simili, si crede di aver detto molto, ed invece si è fatta della confusione e non altro. In tutti i tempi le parole ebbero sempre una grande influenza sul pensiero umano, e la scienza comincia a progredire quando comincia a dominarle. Nei secoli passati le scienze morali facevano a loro simiglianza le naturali: oggi sono queste che si impongono, persino con le parole, a quelle: e invece devono stare distinte e avere perciò un diverso linguaggio, imperocchè anche che si arrivi a mostrare tutti i fenomeni essere varii aspetti di una forza unica, rimarrà sempre vero che la differenza se non essenziale almeno apparente di essi fenomeni basta a mantenere la differenza delle relative scienze.

La filosofia scientifica del diritto deve adunque studiare tutti gl'istituti giuridici, come furono e come sono, per riuscire a scoprire i rapporti più generali che è possibile: senza preconcetti di sistema o pregiudizii di scuola deve osservare i fatti e indurne le leggi, pervenendo alla massima altezza concettuale e al massimo

grado di generalità, non violando però le regole rigorose della logica. Ed il fenomeno giuridico devesi esaminare non già considerato in astratto, ma nel modo che si trova in società, connesso cioè con le condizioni economiche e morali del popolo. Si rinunci a trovare un concetto primo ed unico, congetturato a priori, il quale contenga in potenza tutta la molteplicità dei rapporti reali: sono sforzi eroici di ginnastica dialettica, che non contengono nulla di vero. La materia di osservazione è offerta dalla storia, donde deriva la recente e feconda parentela fra gli studii storici e quelli filosofici; e la storia non riguardi solo i popoli latini ma anche gli altri, e non solo i vivènti ma anche i morti, perchè così si possono scorgere le linee principali dello sviluppo del diritto, che è una ricerca che fa la filosofia.

Sulla base dei fatti e delle notizie storiche deve quindi innalzarsi la filosofia del diritto, la quale dev' essere una *scientia altior*, ma sempre *scientia:* la potenza logica della mente serva a interpretare, ma non a creare, per modo che i resultamenti sieno meno assoluti e meno universali, ma più veri e più duraturi.

§ 3. — L' origine e la natura del fenomeno giuridico.

Anche la società più barbara è retta da un insieme non piccolo di norme, le quali dirigono le azioni dei suoi membri, e le ordinano e coordinano con lo scopo incosciente dell' utile comune. Il carattere precipuo di queste norme è di essere tutte commiste ed omogenee, perchè solo più tardi si distinguono la religione, il diritto, la morale e le altre direzioni della condotta sociale. I selvaggi moderni mostrano anzi che la loro vita

è sotto la sorveglianza della famiglia e della comunità, più che i popoli civili: persino le ore del cibo, i modi del salutare e del vestire sono imposti dal rigoroso costume, perchè la libertà di fare quello che si vuole nel limite delle leggi è una cosa posteriore: l'idea cristiana e del diritto naturale di uno stato antico ove gli uomini non erano sottoposti a nessun freno è un'immaginazione poetica, e l'osservazione mostra il contrario. Infrangere una qualunque di quelle norme è in una società primitiva un delitto contro tutti e contro gli Dei, sì che violare la proprietà o non adempiere un altro anche minimo dovere voluto dai costumi sono colpe uguali e punite allo stesso modo. Come sono sorte queste norme concernenti ogni azione dell'uomo, cioè le preghiere, le credenze, le cerimonie, l'amore, i cibi, i beni, i pascoli e tutto il resto? Vedere come nel mondo è nata l'idea di una *norma,* che è a dire di una regola costante nell'agire umano, è una ricerca che si connette con il vedere come gli uomini hanno saputo formulare una direzione alla loro condotta, e come nell'animo è sorto la prima volta il sentimento del rispetto e della paura, e nella mente la facoltà di ridurre ad elementi concettuali i fatti e le sensazioni; il che non appartiene alla filosofia del diritto, la quale muove dal fatto che ogni società primitiva possiede un numero grande di *costumi,* cioè di norme delle azioni. Di questi costumi le cause prossime possono facilmente essere trovate: la più grande parte dipende dalla naturale intuizione, accresciuta con l'esperienza, di ciò che è utile e di ciò che è dannoso, perchè come l'aver provato che il fuoco brucia, produce il movimento riflesso e incosciente di fuggire con la mano una fiamma cui ci si trovi dinnanzi, così una serie di patimenti e di morti deve aver generato una quantità di usi diretti a vincere il male e trovare il bene. La via che condusse gli

uomini a creare man mano la civiltà, li ha pur condotti a creare un insieme di norme direttive: accendere il fuoco, coltivare i campi, fare il pane furono scoperti a poco a poco come il rispetto alla proprietà o le forme del matrimonio o le pene ai trasgressori. Si aggiungano i consigli e i comandi (spesso anche arbitrarii) del più forte, o del più scaltro, o del più vecchio; presto dovette perciò formarsi un cumulo di tradizioni religiosamente rispettate e di memorie radicate nel tempo, le quali si sono poi convertite in norme e costumanze. Questa massa omogenea di regole sociali dovette presto scompaginarsi e distinguersi, e sorgere la differenza tra il diritto, la religione e la morale; il processo di distinzione nelle qualità, nelle fonti, nelle sanzioni, e negli organi esecutivi delle varie norme fu lento, e durò per secoli, tanto che anche nell'epoca presente in alcuni punti sottili si scorge ancora l'antica comunanza di origine e di sede. Il diritto, del quale solo si deve qui occuparsi, ebbe congiunture favorevoli che ne affrettarono lo sviluppo: da prima la violazione del costume conduceva alla lotta privata, la quale rimpicciolita lasciò i suoi avanzi anche in tempi storici; ma la considerazione che ogni sperpero di sangue e di armi e di uomini torna a danno di tutto il consorzio, dovette ben presto penetrare nella coscienza della società primitiva, e sorgere la consuetudine di ricorrere al padre della famiglia o al capo della tribù o alla persona più vecchia e perciò più stimata per ottenere una soddisfazione da chi violò il costume sociale. Nelle origini di ogni popolo si può scoprire questo primo stadio di evoluzione, e vedere che ai giudici ed ai comizii precedettero le sentenze del re o del padre, le quali erano poi obbedite e rispettate per la devozione religiosa che il popolo aveva per quelle persone. Si ebbe così una serie tradizionale di *sentenze*, creatrici alla loro volta

di norme giuridiche; ma come suole avvenire in tutto il corso della civiltà che ogni nuova funzione crea ben presto un suo proprio organo, così le società anche barbare ebbero alcune persone che come *giudici* o *sacerdoti* facevano ciò che prima faceva il padre o il re, cioè pacificavano l'offeso, e punivano l'offensore con una sentenza. Creato l'organo è assicurata la funzione: e man mano tutte quelle norme, delle quali si occupavano questi giudici, si staccarono dalla massa comune, e cominciarono ad avere alcuni caratteri proprii, che poi furono essenziali al fenomeno *giuridico*. Al che si aggiunga un'altra considerazione: appena un ceto di persone si dedica ad una parte speciale della vita, è certo che per loro opera e per loro interesse questa parte verrà circondata di forme e di cerimonie, acciocchè il bisogno di quelle persone sia sempre maggiore: così i sacerdoti fecero in ogni tempo per la religione, e così i giudici per il diritto. Nei primi tempi questo scopo incosciente trova un buon terreno: prima di tutto perchè un popolo giovane ama le forme, e per un sentimento interno di paura e di rispetto si lascia imporre da tutto ciò che ha un'esterna solennità; in secondo luogo perchè la *forma* è l'unico modo per tenere compatte le primitive norme non ancora solide e non precise, ed ogni società, amando incoscientemente quello che le è utile, deve incoscientemente amare le forme rigorose, come quelle che fissano le tenere istituzioni, conservano il progresso già avuto, e impediscono la dissoluzione e disunione, che sono i pericoli di ogni giovane consorzio. Ora l'insieme delle forme create dai sacerdoti o dai giudici o dal pretore diventa uno dei principali fattori del processo di distinzione: quelle norme sociali che vengono prese dai giudici e vestite di simboli e di parole, si staccano anche per la loro esterna fisonomia dalle altre, e formano una categoria

a sè, cioè il diritto. Perchè alcune norme e non tutte sieno prese in considerazione dall'organo giudicante, e le altre rimangano alla massa più incerta del costume e della religione, non è possibile dire con una formula astratta: è quello un processo naturale che fa la società lentamente senza concetti prestabiliti, ma come detta il comune interesse; in genere però si vede che le norme contemplate dai giudici, cioè le norme divenute per questo motivo *giuridiche*, riguardano i beni materiali e il commercio delle cose. La *quantità* formante il diritto è sorta con una evoluzione secolare e non con un sistema preordinato: tutto avrebbe potuto diventare diritto, sol che fosse stato garentito dai giudici, e invece vi divenne solo quello che la società capiva che senza la garenzia giudiziale sarebbe perito o calpestato. Quello che importa sommamente di notare è che in una società antica era immensa la massa delle norme, ma nel confronto piccola quella delle norme giuridiche garentite dal giudice. La storia del diritto romano mostra come fu lento il passaggio di alcune regole dal costume al giudice, cioè dalla coscienza e uso taciti alla natura giuridica: così il contratto di permuta fu uno dei primi a sorgere e dei più comuni a farsi, ma non divenne *giuridico* che in su la fine della repubblica: prima esisteva, ma non era *diritto*, perchè il giudice non lo riconosceva, e aveva la sua sanzione solo nei costumi. È poi evidente che la causa determinatrice perchè una norma diventi giuridica è duplice: da un lato la sua importanza nella società, e da un altro lato le sue frequenti violazioni quotidiane: quando ci si accorge che il *costume* non basta più a reprimere gli offensori, e che la regola non vi è più rispettata, allora se ne impossessano i giudici e diviene *giuridica*. Nella storia di ogni popolo si vede sempre che il passaggio di una norma alla sfera del diritto è motivato

dalle sue violazioni frequenti e dall'essere scomparsa la forza di adesione dei costumi.

Il giudice imprime quindi la qualità *giuridica* alle norme da lui garentite: le forme simboliche servono a conservare e distinguere il diritto dalla rimanente condotta sociale, per modo che la creazione di un atto giuridico è fatta col porre in essere alcune formalità stabilite. Un esempio chiaro è offerto dalla *mancipatio* romana, che non era un atto speciale, ma un complesso di forme senza contenuto e capace a coprire qualunque fatto della vita. Una vendita, una locazione, un pegno, una promessa, un passaggio di proprietà poteano farsi in due modi: o ci si fidava tra contraenti e allora si compieva l'atto senza simboli, e l'obbligo nascente era protetto solo dalla religione e dalla morale; o si voleva prevedere la possibile violazione e avere un modo per ricorrere al giudice, e allora si compieva l'atto per mezzo della *mancipatio*, e si poneva in essere un negozio giuridico.

Da quello che si è detto risulta che il passaggio di alcune norme dalla sede e omogeneità comune alla speciale provincia del diritto fu fatto dall'organo giudicante e dalle forme simboliche. Il diritto non è sorto con l'essere comandato da una legge del popolo, ma col fare che una norma sociale sia elevata nelle funzioni del *giudice*, e da costui applicata. Questo modo di formazione porta a dire che se il diritto è la norma in quanto è affidata ai giudici, e se ciò si risolve nell'avere l'offeso un'azione cioè la facoltà di ricorrere ad essi giudici, è evidente esistere un'intima storica e concettuale parentela tra l'*ius* e l'*actio*. E questa parentela si scorge bene nel diritto romano, ove per molto tempo ogni nuova norma non era creata sotto la forma di regola astratta, ma sotto quella di azione concreta, sì che può dirsi che ivi prima nasce l'*actio*,

e poi dall' actio nasce l' *ius*. La NORMA GIURIDICA *è una norma provvista di azione e garentita dal giudice:* questa è la più semplice e più esatta definizione che se ne possa dare, e dalla quale risulta che la differenza tra il diritto e le altre regole sociali non è nella qualità del contenuto, ma nella caratteristica di essere o no munita di un' *actio;* che tale differenza è di forma, e al diritto è essenziale il concetto del suo organo giudicante; e che qualunque norma sociale *può* diventare giuridica solo che le sia dato il giudice e l' azione, e se nella società alcune regole sono lasciate sempre alla morale o al costume, e non sono per fortuna imposte coattivamente, ciò avviene per ragioni di utilità comune, ma non per cause derivanti dalla natura giuridica. Che si debba bere moderatamente è una regola igienica non diventata giuridica, perchè non si ritenne opportuno farlo; ma non vi è un' impossibilità tecnica, e se una legge la imponesse, armandola di azione e deferendola ai giudici, sarebbe d'ora innanzi norma giuridica il non bere troppo. I criterii secondo i quali uno stato renda alcuni precetti giuridici, e lasci altri alla morale o ai sacerdoti o all' igiene sono *fuori* del diritto, e sono dati dall' opportunità del tempo, dai bisogni sociali, dalle scienze amministrative, ma non dal diritto.

Che rapporto ha la coazione col fenomeno giuridico? È una questione che ha la sua storia nei varii sistemi filosofici, ma che non fu sempre risoluta bene, perchè si volle darle un' importanza esagerata. Da una parte vi ha chi disse che senza coazione non c' è diritto, perchè una norma che non si faccia eseguire per forza non è giuridica: d' altra parte vi ha chi rispose che i varii istituti, come le successioni o i contratti, possono essere adempiuti volontariamente, e non perciò cessano d' essere istituti di diritto. La controversia può risolversi più prudentemente, osservando che qualunque

norma sociale ha lo scopo di essere rispettata, e perciò richiede una *sanzione* contro i violatori. Norma vuol dire comando, e comando vuol dire obbedienza o pena se si contravviene. Ma ogni gruppo di norme come è diverso nella sua natura così è diverso nella sua sanzione: la religione si difende con l'ira degli Dei e le pene spirituali; la morale con la disapprovazione della coscienza comune; l'igiene con le malattie; l'etichetta col disprezzo. E il diritto? con la coazione giudiziale. Dunque nel diritto non vi è nulla di più che nelle altre norme: esso ha la sanzione come le altre, ma ogni classe ha un genere di sanzione suo proprio, e quello del diritto è la *vis iudicialis*. La coazione ha perciò col fenomeno giuridico lo stesso rapporto che il timore divino ha con la religione o il rimorso di coscienza con la morale: è un rapporto intimo e necessario di causa e di effetto. Ogni norma deve punire i trasgredienti: la norma giuridica si distingue per avere l'organo dei giudici; quindi essa punisce per mezzo dei giudici, che è la coazione giuridica.

L'organismo del diritto veduto nel suo svolgersi in un lungo periodo di tempo mette in evidenza questo processo sopra indicato, il passaggio cioè lento ma crescente delle norme dal territorio comune dei costumi al campo strettamente giuridico. In un senso parallelo si verifica un processo opposto di depurazione, cioè di far rientrare nella moralità interna alcune regole che erano state affidate ai giudici: nelle leggi antiche, e anche nel codice delle XII Tavole, si trovano precetti religiosi, i quali furono poi abbandonati alla coscienza individuale. Questo processo di depurazione è opera quasi esclusiva della classe dei giureconsulti, i quali elaborando la materia giuridica la purgano da tutto ciò che vi appartiene per occasione o per pregiudizii e non per necessità sociale.

Paragonando il diritto primitivo con quello di un popolo civile si trova una tale differenza nei caratteri accessorii, che merita di essere notata; la quale differenza però non è esclusiva al fenomeno giuridico, ma si connette con quella esistente tra due società che sieno l'una al principio e l'altra nel fiore della loro evoluzione. E prima di tutto l'antichità del diritto contiene l'elemento della forza privata, la quale rappresenta il modo originario di vendicare le offese: man mano però che un popolo cresce in civiltà la tutela dei diritti è assunta dallo Stato, tanto che un organo apposito, cioè il *pubblico ministero,* ha lo scopo di garentire l'ordine sociale. Nell'istituto della proprietà la forza privata lasciò traccie persino quanto ai modi di acquisto ed ai simboli; l'*hasta,* come *signum iusti dominii,* ne era l'emblema, e l'occupazione era l'origine prima, ond'è che secondo Gaio gli antichi *maxime sua esse credebant quæ ex hostibus cepissent;* nelle parole, le quali sono i resti viventi dei concetti morti, si mantenne presso i Romani questo sentimento, e *mancipatio, mancipium, manus, manumissio* contengono la radice *MAN* che indica prendere e impossessarsi di una cosa. Nella procedura dei popoli antichi può dirsi che il processo giudiziale si riduceva addirittura ad una *finta* lotta sostituita alla *vera* lotta di un tempo. Presso i Romani la *manus iniectio,* il *manus conserere,* la *vindicta,* la *vindicatio* (*vim dicere*) erano varie fasi della così detta VIS FESTUCARIA ; presso gli antichi Germani e Irlandesi e Indiani la procedura presenta gli stessi caratteri, come il Maine ha testè posto in evidenza.

Le norme giuridiche antiche si distinguono dalle recenti anche per quell'insieme di caratteri che va sotto il nome di *formalismo;* col che si indica il rigore del precetto, la solennità di atti e di parole, e l'im-

portanza della forma più necessaria che la sostanza. I negozii giuridici per sorgere hanno in una società incipiente bisogno di cerimonie lunghe e complesse, e non solo nel diritto, ma in tutto il resto della vita il così detto *cerimoniale* ha il suo massimo di splendore e di valore in un popolo barbaro, e il suo minimo in uno civile.

Al formalismo va congiunta la semplicità delle prime norme: se si studia un codice di leggi antiche, come le XII Tavole o il diritto indiano o le iscrizioni di Gortyna scoperte nel 1884, si vede che i varii precetti sono semplici, staccati, precisi, particolari, e contengono il soddisfacimento dei bisogni più urgenti; le norme più generali e capaci di maggiori conseguenze giuridiche e tra sè collegate a sistema sorgono molto più tardi. Si può prendere come esempio il già citato codice romano delle XII Tavole; nella parte procedurale, che è la più ricca, una disposizione riguarda la *in ius vocatio*; un' altra impone che si offra un giumento per trasportare innanzi al foro il convenuto ammalato o vecchio; una terza fissa la caduta del sole come il termine degli affari giudiziarii; e in ultimo è regolato l' arresto dei debitori insolventi, prescrivendo le libbre di farro da dargli ogni giorno. Sui testamenti non c'è che il celebre *uti legassit ita ius esto*; nella successione legittima s'indicano solo le persone chiamate. I rapporti molteplici tra' il cliente e il patrono non hanno che una sola regola: *patronus si clienti fraudem faxit sacer esto.* La proprietà è difesa contro il furto, contro chi abbia bruciato *ædes acervumve frumenti,* o abbia danneggiato *lætam segetem,* o schiantato *alienam arborem,* e contro *qui malum carmen incantassit*; il diritto del proprietario è limitato dalle norme sul *tignum iunctum* e dall' interdizione del prodigo; la facoltà di contrarre obblighi è sancita nel noto *uti lingua nuncupassit ita*

ius esto. Vi sono poi alcuni precetti molto particolari: l'obbligo di *vias muniri;* il divieto di usucapire il *bustum,* cioè il luogo dove fu bruciato e seppellito un morto; il privilegio delle vergini Vestali di non avere un tutore; la proibizione di bruciare un cadavere entro le mura della città, di spargere del vino sul sepolcro, o di rubare al morto i denti legati con oro.

Questo breve esame giustifica tre osservazioni: anzi tutto che le primitive norme giuridiche sono poche, perchè al rimanente dei bisogni provvedeva il *costume;* inoltre che quelle norme sono semplici e non connesse; e finalmente che spesso contemplano non un caso generale ma uno particolarissimo. E che questi caratteri sieno essenziali al diritto di una società incipiente può argomentarsi dal fatto che se si trovano nelle XII Tavole tanto più dovettero essere prima; perchè le XII Tavole rappresentano la civiltà di un popolo già molto sviluppato; le iscrizioni di Gortyna, scoperte poco fa, contengono le leggi dei Cretesi anteriori per lo meno di due secoli al codice romano. (Veggasi Roby in *Law Quart. Rev.*, nº 6.)

Non dev'essere dimenticata un'altra differenza, che potrebbesi dire *psicologica,* tra il diritto primitivo e il diritto progredito: in una società giovane le norme giuridiche sono non imposte ma *volute* e *sentite,* hanno cioè una base immediata nei costumi e nella coscienza popolare, sì che la loro violazione è un'offesa alla *comunità,* la quale deve vendicarla. Anche nei libri sacri degli Ebrei è frequente il caso dell'ira divina contro tutta una famiglia per le colpe personali di un solo individuo; nel mondo romano la *gens* doveva persino pagare i debiti di uno dei suoi membri; e presso gli antichi Germani la faida era la vendetta di tutti i parenti dell'ucciso contro l'uccisore. In una società civile alla *comunità* si sostituisce l'*individuo,* e come sono

scomparsi i beni in comune, i condominii famigliari, la responsabilità collettiva, le esagerazioni dei vincoli agnatizii, così il diritto ha perduto la sua antica base psicologica, e si è fatto individuale anch' esso.

Nello sviluppo del diritto avviene ciò che avviene negli organismi e in tutti i fenomeni del mondo: da una parte va scomparendo la primitiva omogeneità, le funzioni si fanno più particolari e distinte, gli organi acquistano ciascuno una fisonomia sua propria, le differenze anche minute aumentano e la massa si divide in parti diverse e perfezionate; da un' altra parte, e contemporaneamente, avviene il coordinamento in concetti generali, i varii ufficii cooperano ad uno scopo complesso, il sistema si sviluppa e ricongiunge la molteplicità delle cose in principii vasti e superiori. Così accade nelle norme giuridiche: col progresso crescono in numero e provvedono a tutti i casi, ma nello stesso tempo doventano più generali e più comprensive, e si riducono ad alcuni principii fondamentali, per modo che ognuna di esse si coordina con le altre, e si fa più armonico il *consensus* di tutte assieme. Ne porgono un esempio chiaro i contratti: da prima ognuno ha poche regole, ma ciascuno ha le sue; poi si arricchiscono per soddisfare tutti i bisogni, ma intanto si coordinano tra di loro in modo, da rendere alla scienza possibile di creare un insieme di precetti comuni a tutti i vincoli contrattuali, che suolsi chiamare la *parte generale delle obbligazioni.*

Una ricerca tormentata dalle filosofie passate era la base psicologica del diritto, cioè a dire quale sentimento lo animasse e quale scopo ultimo avesse. Il difetto principale del razionalismo di volere trovare una causa *unica* e *semplice* dei molteplici fenomeni sociali si fece sentire anche qui: il Grozio fece nascere il diritto dall' istinto sociale o *appetitus societatis,* l' Hobbes dalla

paura del *bellum omnium contra omnes*, il Tommasio dalla brama di esser felici, il Wolf dalla tendenza a perfezionarsi, e altri da altro. L'osservazione dei fatti storici conduce invece a resultamenti più veri che il ragionamento astratto e metafisico; è infatti chiaro che ogni società come ogni individuo mira costantemente al proprio benessere, non solo materiale, ma anche intellettuale e morale, e che a questo scopo sono sorte tutte le istituzioni della civiltà, trà le quali il diritto e le leggi.

Il diritto adunque ha la sua base e il suo scopo nell'utile sociale, dal quale prende alimento ed ispirazione perenne. La sua efficacia è sorretta da alcuni sentimenti che si trovano nell' uomo, e tra questi principalmente due, che sono la paura delle pene e della coazione, e il rispetto per i comandi imperativi e forti. In ogni individuo sono infatti due generi di emozioni: prima di tutto il desiderio dei piaceri e l' avversione ai dolori; e poi il rispetto incosciente alle potenze naturali o sociali, e la storia mostra quante azioni spesso si facciano non per un'immediata utilità, ma per ossequio ad una autorità o reale o immaginata. L'arte, la religione, la poesia sono dominate da questi due sentimenti fondamentali, cioè la ricerca del godimento e la mistica sottomissione dell' animo spaventato innanzi a fenomeni sorprendenti e alla parte inconoscibile del mondo. E anche le norme giuridiche corrispondono a questo dualismo psicologico; l' utile sociale le anima e le fa conservare; il rispetto tacito e involontario che ispira la loro imponenza concorre a sorreggerle.

Nel diritto antico vi è in sommo grado e nel diritto moderno perdura rimpicciolita una parte di forme e di simboli, i quali non servono direttamente a raggiungere un piacere od un utile, ma agiscono sui nervi in modo da incutere rispetto e frenare l'ardore dell' egoismo:

anche oggi alcune regole procedurali come la formula del giuramento, la solennità dei tribunali, il modo di intitolare le sentenze, gli interrogatorii, gli atti preparativi della querela di falso, e simili prescrizioni *ad pompam* hanno uno scopo *emozionale;* che è di toccare il sentimento di ossequio e abbassare la prepotenza dell' individuo.

Del resto non solo nel diritto, ma in tutte le istituzioni dell' uomo e in tutti i fenomeni della vita i varii sentimenti si riducono ad essere varii modi di essere di due soli, cioè il *piacere* e il *rispetto*, i quali sono irriducibili l' uno all'altro; le azioni umane sono infatti determinate o dall' emozione di un piacere cercato e di un dolore fuggito o dal rispetto per una autorità che si impone, o da ambedue queste forze. Il piacere si presenta sotto otto aspetti fondamentali:

a) *piacere corporale*. Calore, benessere fisico, godimenti, cibo, ec.;

b) *piacere del sapere*. Conoscenza, studio, verità, errori, ec.;

c) *piacere della forza*. Possesso, dominio, duello, ec.;

d) *piacere dell' onore*. Ambizione, gradi sociali, ec.;

e) *piacere dell' altrui piacere*. Amore, odio, altruismo, ec.;

f) *piacere di vivere*. Amore alla vita, suicidio, difesa personale, ec.;

g) *piacere di un futuro piacere*. Speranze, timori, ec.;

h) *piacere dell' immagine del piacere*. Bellezza, estetica, ec.

Nel sentimento del piacere il nostro io è messo in evidenza; invece nel sentimento del rispetto, che si prova dinnanzi ad una autorità imponente o ad un grande fenomeno sia naturale, sia umano, il nostro io si sente annullato. E questi due sentimenti non sono

divisi nella vita, ma in ogni azione si compenetrano e concorrono a crearla; anche negli atti più comuni avviene lo stesso; nel momento che si saluta una persona, per esempio, il piacere del vivere e quello dell'onore e il rispetto sono gli elementi dell'emozione determinatrice del fatto. Il rispetto poi sorge principalmente di fronte a queste cinque forze:

a) Dio;
b) il popolo;
c) l'autorità;
d) il padre;
e) i fenomeni grandi o repentini.

Quando la psicologia e la fisiologia saranno più progredite e reciprocamente aiutate, si vedrà forse che il piacere e il rispetto si distinguono anche nella funzione dei nervi e del midollo centrale: gli studii sulla patologia sensitiva e in ispecie sui fenomeni isterici e ipnotici getteranno molta luce.

Tornando al diritto, ogni sua norma è determinata o da un sentimento di piacere o da uno di rispetto, ed una ricerca profonda di *psicologia giuridica* dovrà col tempo essere fatta. Basterebbe questa considerazione per mostrare come le regole del diritto sieno sempre proporzionate per qualità e per quantità alle condizioni economiche e psichiche del popolo: tutti i fenomeni del mondo sono collegati da un mirabile *consensus*, od accordo, come le funzioni del corpo umano.

Il piacere e il rispetto, come sono sentiti e voluti da una certa società e in un certo momento, rappresentano, quando siano soddisfatti, quello che con una sola parola si dice *utile sociale:* in questo senso l'utile sociale è lo scopo di tutte le istituzioni e perciò anche del diritto. È qui necessario fare un'osservazione di grande importanza: quando la celebre *scuola storica*, opponendosi alla filosofia astratta che faceva derivare le

norme giuridiche dalle esigenze logiche del pensiero puro, mostrò ch'esse invece derivano dai bisogni del popolo, molti scrittori caddero nell'opposta esagerazione e considerarono il diritto come un frutto naturale che cade quando è maturo dalla vita quotidiana. Così è infatti per molta parte, ma un'altra parte, non sempre piccola, sopravvive spesso alle necessità che l'hanno creata, e continua ad esistere per propria virtù: la *vis inertiæ* che fa che un corpo in movimento perduri a muoversi anche quando la forza spingente è cessata, si trova pure nell'organismo giuridico. Il popolo romano per il diritto privato e l'inglese per il pubblico offrono di ciò l'esempio più completo e più classico; quante norme vi si trovano non essere più in armonia coi nuovi bisogni, e ciò non ostante esistere ancora per la mancanza nella coscienza popolare del coraggio di abolirle e per il sentimento di rispetto verso l'autorità tradizionale. Una serie apposita di istituti romani è fondata su questa *vis inertiæ* giuridica: così la funzione del pretore, le *fictiones*, le *actiones utiles*, e l'opera dei giuristi. Ad aiutare questa forza d'inerzia, cioè questa sopravvivenza della norma al bisogno che in origine l'ha generata, concorrono i *codici*: è per ciò che qualunque codice, il quale sta fermo e immutabile, viene dopo un certo tempo in urto con la nuova progrediente vita del popolo, e sorgono allora le riforme.

Da quello che si è fin qui ragionato s'inferisce che cosa sia il diritto: il contenuto positivo del precetto giuridico è dato dalla vita reale, e questo precetto sale ad essere *giuridico* quando lo Stato lo garentisce creandogli un organo apposito cioè i *giudici*, e un'apposita arma cioè l'*azione*. Storicamente e logicamente non si può scindere il diritto dai giudici, l'*ius* dall'*actio*: un astratto razionalismo può creare definizioni semplici e

vuote, ma la filosofia scientifica deve esaminare quello che *è stato* come la storia l'insegna.[1]

[1] Le molte e diverse definizioni del diritto risentono del particolar sistema seguito da ogni filosofo. Anche i giuristi romani, tanto pratici nei loro responsi, non seppero elevarsi a concetti generali senza l'aiuto delle idee stoiche: Paolo distinse l'ius naturale *quod semper æquum ac bonum est* dall'ius civile *quod omnibus utile est* (D. I, 1, 11); Ulpiano disse che *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (D. I, 1, 10) e che *ius naturale est quod natura omnia animalia docuit* (D. I, 1, 1, 3). — Per la scuola teologica medioevale la volontà di Dio è la lex æterna, e il diritto positivo sorge per rifare l'armonia turbata dal peccato originale, e per rimediare alla corruzione crescente. — L'Alighieri disse; *ius est realis et personalis ad hominem proportio, quæ servata hominum servat societatem et corrupta corrumpit.* — Il Grozio cade nell'errore comune di allora di non distinguere il diritto dalla morale, e definisce l'*ius naturæ* come il complesso delle norme dettate dalla ragione umana ed occasionate dall'istintivo appetitus societatis. — Per Hobbes gli uomini hanno fondato la società per paura del *bellum omnium contra omnes:* questa paura crea una forza proteggente ogni individuo, e questa forza è il diritto. — Secondo Spinoza ogni cosa non è che un *modo* dell'eterna *sostanza,* la quale ha potere e forza su tutto: gli uomini devono unirsi per essere forti,(1) e la loro volontà unita è la forza massima ed è il diritto. — Il Kant definisce il diritto come l'insieme delle condizioni per le quali la libertà di arbitrio di ciascuno può coesistere mercè una legge universale con la libertà di tutti. — Il Trendelenburg dice che il diritto è il compendio di quelle determinazioni universali dell'azione, per le quali avviene che il tutto etico e le sue parti possono conservarsi ed ampliarsi. — Merita maggior considerazione la così detta teoria dell'*evoluzione,* della quale lo Spencer è tra i sostenitori più valorosi: tutti i fenomeni soggiacciono alla legge prima che forma una integrazione di materia accompagnata da una dissipazione di movimento e passaggio dall'omogeneo all'eterogeneo; la persistenza della forza fa dalla lotta delle forze contrarie scaturire la trasformazione della forza, con la selezione e l'adattamento. L'etica è la scienza della condotta umana, e determina le regole guidanti al benessere sociale: essa studia le norme che contemperano l'individuo con la società e riescono a procacciargli la felicità possibile. Del diritto dà lo Spencer questa definizione: *il diritto consiste in certe relazioni tra uomini, fuori delle quali non può avere luogo quella corrispondenza delle condizioni interne alle esterne, che costituisce il principio della vita.* Come si vede, c'è anche nel signor Spencer della metafisica bella e buona!

(1) potenza assoluta dell'accordo.

§ 4. — Le fonti del diritto.

Le fonti dalle quali sorge il diritto sono principalmente quelle che generano tutte le altre norme della condotta sociale; e quando si considera che ogni norma non è altro che una regola formulata dalla mente umana per soddisfare un bisogno comune, si vede chiaramente che i bisogni sociali ne sono appunto l'origine prima. Il razionalismo passato che compendiava l'*essere* nel *pensare* faceva tutte le nostre istituzioni sgorgare dalla *ragione;* la scuola storica vi si oppose vigorosamente derivandole dalla *coscienza popolare,* ma esagerò questo concetto per volerlo troppo *naturalizzare* e voler considerare sempre il diritto come un prodotto spontaneo e immediato della vita di una nazione. Ma la osservazione non preconcetta dei fatti indica che in ambedue i sistemi è una parte di vero: la coscienza popolare infatti fa sentire i bisogni e presentire il loro possibile soddisfacimento, ma la norma che deve raggiungere questo scopo è pensata e formulata dalla mente umana. Nel diritto perciò entrano, come si dirà meglio dopo, due elementi di uguale importanza, cioè uno *naturale* e uno *logico,* la società e il ragionamento, i bisogni della vita e la potenza intellettiva dell'uomo. Le fonti originarie del diritto sono adunque queste due; l'utilità quotidiana e la forza della mente sono infatti le sorgenti di tutte le norme sociali.

Ma tra giuristi la parola *fonti* ha una significazione più esatta e speciale, indicando gli organi sociali dai quali immediatamente deriva il diritto, che sono quattro, cioè le sentenze dei giudici, la consuetudine, le leggi, e l'opera dei giuristi. In un senso anche più tecnico la fonte del diritto è quell'istituzione, la cui volontà obbliga tutti, e allora non ve ne sono che due,

cioè le consuetudini talvolta e le leggi sempre. Per comprendere questa variabile quantità di fonti è necessario considerare che, essendo le norme giuridiche comandi coattivi delle autorità sociali, le loro fonti sono tante quante esse autorità, e quindi il costume, il padre, i sacerdoti, i guerrieri, il popolo e il re possono creare del diritto: ma in ogni società anche primitiva sorge un certo ordinamento dei poteri ed una certa pubblica costituzione, per la quale si determina chi debba emanare i precetti giuridici e si restringe perciò il numero delle fonti giuridiche.

I. **Sententia iudicis.** — Appena un consorzio umano primitivo ha lasciato la vita nomade e si presenta con le condizioni di una certa solidità e gerarchia, le contese private cessano di essere risolute con le armi e col sangue, e vengono decise dal capo della tribù o dal padre di famiglia o dalla persona più vecchia e più stimata. La prima fonte del diritto è adunque la sentenza del giudice: anche quando non esistono ancora le consuetudini nè le leggi, esistono le rispettate sentenze dei capi. Dice bene il Grote che Zeus, re sulla terra, non è un *legislatore ma un giudice;* in Omero non si trova la parola *νόμος*, e la giustizia è quasi sempre indicata con la parola *θέμιστες*, cioè sentenze dettate ai giudici dalla divinità; nella tradizione romana, come dicono Pomponio e Cicerone, i *mores maiorum* sono qualche cosa di posteriore a quel tempo nel quale *omnia conficiebantur* IUDICIO *regis;* e nell'*Odissea*, dei Ciclopi rappresentanti una società primitiva è detto:

τοῖσιν δ' οὔτ' ἀγοραὶ βουληφόροι οὔτε θέμιστες,
. . . . θεμιστεύει δὲ ἕκαστος
παίδων ἠδ' ἀλόχων, οὐδ' ἀλλήλων ἀλέγουσιν.

Questi versi voglion dire che i Ciclopi non hanno nè assemblee nè temiste, ma ciascuno ha giurisdizione sui

figli e su le mogli, senza curarsi di ciò che fanno gli altri. È evidente però che le varie sentenze doveano essere rispettate non solo dalle parti, ma anche dai futuri giudici in casi simili: l'imitazione, che ha tanta importanza in tutta la vita sociale, l'ha anche maggiore nei popoli giovani e nei bambini, e perciò il costante ripetersi di questi giudizii dovette far sorgere ben presto la consuetudine. E ciò tanto più, quanto più si sviluppò e perfezionò l'organo dei giudicanti: da prima ogni padre e ogni re faceva questa funzione, ma poi fu rilasciata per massima parte ai sacerdoti e quindi fu assunta dallo Stato: man mano che al giudicare furono preposte persone le quali ne facevano l'occupazione di tutta la loro vita, sorsero forme, formule, cerimonie, simboli, e così le sentenze acquistarono una veste esterna, atta a convertirle in vero diritto tradizionale e consuetudinario.

Ma che la prima fonte del diritto sia la *sententia iudicis* appare da molti fatti indiscutibili: nel mondo romano la connessione tra l'*ius* e l'*actio* fu intima e costante, e tutto il diritto pretorio sorse appunto con l'*edictum* e con la *formula* proposti nell'*album* dal pretore, cioè con una specie di *presentenza*.

Quando la società diventa più civile sorgono altre fonti giuridiche, e allora la *sententia iudicis* perde questo suo primitivo valore e cessa di creare diritto. La funzione del giudice si stacca da quella del legislatore. Un criterio per giudicare il grado di civiltà di un popolo è anche vedere se le norme giuridiche vi sono create da un apposito organo, comizii o rescritti imperiali, o se sono volta per volta messe fuori da un giudice privato nell'occasione di una privata contesa. Questa legge evolutiva può scorgersi nella storia dei poteri del *pater* nel mondo romano: anche in un tempo relativamente avanzato egli era *iudex familiaris* e alcune

controversie intime come l' adulterio o simili erano da lui risolute: poi vi si aggiunse il consesso dei parenti o *iudicium domesticum,* e quindi anche di ciò si occupò lo Stato e si ebbe l' *iudicium de moribus*. Se una regola giuridica avesse passati tutti gli stadii di evoluzione, sarebbe stata incarnata prima nella *sententia iudicis*, poi nella *consuetudo,* e in fine formulata nella *lex*.

Nei popoli moderni di Europa esiste già ricco e sviluppato l' organismo giuridico, con leggi, consuetudini, tradizioni, trattati, giurisprudenza e scienza: perciò il giudice non è più quello che deve *creare* ma *applicare* il diritto preesistente al caso pratico: nelle società primitive l' *actio* genera l' *ius,* e il giudice è un legislatore, mentre nelle società civili l' *ius* preesiste già formato e completo, l' *actio* non serve che ad invocarne la attuazione, e il giudice è colui che dirime una controversia concreta con le norme fissate genericamente dal legislatore stesso.

La *sententia iudicis* non è più una fonte di norme giuridiche. È però necessario accompagnare questa verità da alcune considerazioni, tra le quali prima è questa che il giudizio non genera diritto, ma lo genera per le parti contendenti. Quando un attore ed un convenuto presentano al giudice la loro controversia, la sentenza di costui *facit ius inter partes,* e dev' essere anche coattivamente eseguita; gli scrittori sogliono spiegare questa prescrizione col concetto del contratto giudiziale cui si sottopongono i contendenti, ma nel campo filosofico la cosa è anche più chiara, perchè è l' antica forza creativa di diritto che aveva il giudice e che nell' evoluzione si restrinse al caso risoluto e alle persone condannate. E come il magistrato giusdicente (IUSDICENS) crea il diritto per le parti contendenti, così la contesa è irrevocabilmente risoluta, e ne sorge la *res iudicata*. Di fronte ai terzi la sentenza non ha alcun

effetto immediato e tanto meno crea diritto, ma nella pratica forense l'importanza dei così detti *precedenti* o la *rerum iudicatarum auctoritas* è tale, che è necessario dirne qualche cosa. È evidente che si esce dal territorio delle fonti giuridiche, nel senso tecnico della parola, ma ciò non ostante per le sue conseguenze pratiche la tradizione giurisprudenziale ha pur troppo un altissimo valore. Il fondamento di ciò è più che tutto psicologico, perchè è il rispetto che i giudici hanno per quello che altri con costanza giudicarono: staccarsi da un modo comune di pensare è un atto di forza, e in tutte le congiunture della vita la venerazione per il costume per gli usi per la tradizione è fondata sul medesimo sentimento. D'altra parte ne viene grande utilità alle esigenze sociali, perchè una certa uniforme maniera di giudicare aiuta la stabilità dei concetti e dei rapporti, e nulla è di maggior nocumento al diritto che le repentine e inconsulte innovazioni. Ce lo insegni il diritto romano, nel quale il progresso fu sempre un lento modificarsi e adattarsi del vecchio al nuovo, senza strappi veementi o forestiere sovrapposizioni. Ma d'altra parte l'importanza dei *precedenti* può essere funestissima, perchè toglie la spinta a libere ricerche, impedisce che si tenga conto dei resultamenti scientifici, e fa che ciecamente si applichino le sentenze conosciute e si segua senza propria attività il comune andazzo. La storia mostra che in tutti i periodi di decadenza fu maggiore la autorità delle sentenze in casi analoghi: è infatti naturale che giudici poco istruiti o molto neghittosi trovino comodo l'adagiarsi nel letto fatto dagli altri. Qualche cosa di simile avvenne a Roma con la famosa legge di citazione, per la quale i giudici doveano applicare i responsi di alcuni giureconsulti fissati e a parità di opinioni seguire Papiniano. Anche nel medio evo s'ebbe l'epoca dei pratici, ed è celebre un passo

del Fulgosio contro l'uso forense di appoggiarsi solo sopra glosse e decisioni senza alcuna libera investigazione. Ai giorni nostri si corre pericolo di cadere in questo difetto, e della così detta *giurisprudenza* (in senso ristretto e non proprio) si fa da molti un abuso deplorevole: fortunate quelle controversie nelle quali si trovano sentenze di opinione diversa, perchè allora il giudice è obbligato a farsene una propria. La scienza giuridica è solo quella che può illuminare la falange dei legulei pratici, e conforta il vedere ch' essa lentamente va penetrando nelle memorie difensionali, nelle orazioni forensi, e più che tutto nella mente degli avvocati. Ma ciò non può bastare: il corpo giudicante deve essere composto di persone dotte e coscienziose, e la tanto sperata ed aspettata *riforma giudiziaria* è ormai tempo che in Italia diventi una realtà. L'influenza dei *precedenti* dev' essere adoperata molto cautamente, in ispecie per tre considerazioni: anzi tutto perchè ogni sentenza è così colligata col fatto che è l'oggetto della sua risoluzione, da non essere sempre facile separare questa da quello; i giudici devono stare molto attenti alle massime giurisprudenziali citate dagli avvocati difensori, perchè spesso una certa decisione fu data in quel modo per alcuni elementi di fatto indispensabili. Inoltre la semplice *massima*, come è formulata nei repertori pratici, non sempre corrisponde alla mens iudicis, e perciò si deve leggere tutta la parte destinata ai motivi. Ed infine si possono avere sentenze di tre gradi: quelle del Tribunale, quelle della Corte di appello, e quelle della Cassazione; non dico che questa gerarchia proietti sempre la sua luce sull' importanza e sul valore intrinseco delle sentenze, ma è questo un fatto che merita molta considerazione.

Nelle società civili adunque il giudice non *crea* ma *applica* il diritto. È noto però che questo applicare il

diritto è una funzione fra le più difficili; sono infatti rare le fattispecie alle quali provvede in un modo espresso il codice, mentre per la maggior parte di esse la norma dev' essere formata con i metodi logici dell' interpretazione, della analogia, e della *ratio legis;* vi è poi il campo vasto dei così detti *principii generali del diritto,* nel quale l' opera del giudice deve ispirarsi alla scienza, e nella maggiore libertà trovare la sua maggiore importanza.(1)

Il giudizio, territorio dell' *actio,* è contornato da atti e formule fissate che formano la *procedura,* della quale si dirà dopo: intanto è utile osservare che il cambiamento nella natura della *sententia iudicis* da fonte giuridica ad applicazione del diritto, portò un cambiamento nei rapporti tra *actio* e *ius,* e la loro completa separazione.

II. **Consuetudo.** — La maggior parte delle norme giuridiche di ogni popolo antico fu originata dalla consuetudine, cioè dalle regole tacitamente ammesse e rispettate nei costumi, o *mores maiorum,* dei quali Ulpiano (I 4) dà una bella definizione: *mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus.* La norma giuridica è il soddisfacimento dei bisogni comuni: quella perciò che è sorta spontaneamente con la tacita approvazione di tutti indica la sua bontà ed opportunità. Nelle consuetudini c' è qualche cosa di mistico che le fa rispettare: l' impossibilità di scoprirne sempre l' intima ragione ne fa supporre una anche più grande e più importante: tanto più ciò dovette avvenire in una società antica, la quale considera i costumi come condizioni di fatto volute dai maggiori e sanzionate dagli Dei. I costumi giuridici con l' andare del tempo tendono come ogni altra istituzione a corrompersi, e il loro sopravvivere è dovuto alla speciale cura che se ne prende una classe di persone, che sono patrizii e poi

(1) È appunto in riguardo all' opera del giudice [illegible] applicazione dei "principii generali" di diritto, che [illegible] (1907) [illegible] in campo [illegible] del giudice [illegible].

sacerdoti e quindi giudici e giuristi. Anzi dopo che si è formato un grande cumulo di norme consuetudinarie, si sente il bisogno di fissarle con leggi o con un codice: le XII Tavole dei Romani non furono per la massima parte che consuetudini ridotte in precetti legislativi. Presso tutti i popoli la consuetudine è quasi sempre *larvata*, vestita cioè di una forma che non ne fa riconoscere l'origine popolare: o i giuristi la interpretano e formulano, o le leggi la sanzionano, o i giudici l'applicano nelle sentenze, ma la sostanza della norma derivò dal costume comune. Questo fenomeno accadde in un modo spiccato presso i Romani: chi cerca la provenienza di tutto quel diritto, trova che è attribuito o all'opera dei giureconsulti o all'editto del pretore, ma in realtà l'origine prima fu spesso la consuetudine. E qui si tenga conto di due osservazioni: prima di tutto che i costumi giuridici, per quanto sorgano *consensu utentium* e *tacito consensu populi*, pure in una società un po' progredita sono così numerosi che è impossibile che ogni persona li conosca, donde appare la necessità di una classe di persone che li conservi e spieghi. In secondo luogo è da farsi una profonda distinzione fra *norma consuetudinaria* e *norma giuridica*: finchè un certo uso è rispettato da tutti è un semplice *fatto* e non un *diritto*; sorge ad essere diritto solo quando c'è chi lo viola, e a farlo rispettare concorrono la legge nel ridurlo a precetto o i giuristi nell'esprimerlo e formularlo, o i giudici nell'applicarlo anche coattivamente. È vero che i Romani parlano di un *ius quod moribus introductum est*, ma è vero pure che preferiscono dire *mores* o *consuetudo* o *usus longævus*, e che i costumi giuridici romani furono quasi sempre convertiti in leggi o in editti pretorii o in responsi dei giuristi.

La consuetudine come fonte giuridica è certamente la sorgente più naturale e più legittima: esprime la

volontà spontanea del popolo, è la eco non alterata della vita, e perciò soddisfa veri bisogni sociali e non desiderii ingiusti di partito o cervellotiche elucubrazioni di scienziati. Ma ha un difetto innato, cioè l'incertezza e l'imprecisione, sì che non può convenire ad un popolo progredito. Nelle filosofie del secolo passato la consuetudine non fu nè considerata nè studiata: per esse il diritto sorgeva dalla legislazione e non dai costumi, e il popolo non lo creava ma lo accettava. Vi si oppose la scuola storica cadendo in un'altra esagerazione: il concetto che il diritto nasce dalla *vita* e non dalla *ragione,* condusse a vedere nella consuetudine la esplicazione spontanea della coscienza nazionale, la volontà del popolo espressa naturalmente, l'assenza di ogni arbitrio e l'immediato soddisfacimento dei bisogni sociali. Per questa teoria *sentimentale* i codici e le leggi erano un fermare la naturale creazione del diritto, e un violare la suprema volontà popolare: *la codificazione,* diceva lo Stahl, *distrugge l'innocenza della coscienza giuridica.* Al contrario può affermarsi che quelle antiche società progredirono, che uscirono presto dalla incertezza delle consuetudini ed ebbero in tempo opportuno un codice, solidificante l'organismo giuridico. Pomponio (D. I, 2, 2, 3) chiama la consuetudine un *ius incertum,* ed è questa incertezza che nuoce ad un popolo anche primitivo: egli deve avere una fibra legale che lo tenga unito e forte, e quindi un insieme di norme precise e fissate in leggi. Si aggiunga che nella consuetudine il diritto è confuso con la morale e la religione: il progresso porta che il diritto se ne separi e diventi unicamente diritto, e la fonte consuetudinaria non può aiutarlo.

Nel medio evo le consuetudini continuarono ad essere una fonte giuridica, ma mantennero sempre quella particolarità romana, di essere cioè elaborate dalla

scienza o dai giudici o dalle leggi e sottratte perciò alla loro connaturale incertezza: fornirono cioè la materia prima, che fu accettata ed ordinata dalle altre fonti *riflesse* del diritto. E sulla natura consuetudinaria di alcuni precetti fecero i giuristi tutta una teoria, con lo scopo di darle quella precisione che le manca: la consuetudo cioè doveva essere *diuturna, comprobata, licita,* e quindi non contraria all'ordine pubblico nè alle leggi fondamentali. Nei popoli moderni di Europa che hanno un codice completo la consuetudine non è più una fonte di diritto, salvo in alcuni casi espressamente indicati: quando infatti esiste un organo apposito legisferante, i nuovi bisogni possono essere soddisfatti subito senza le lentezze inerenti al formarsi del costume popolare.

Se la consuetudine avesse la precisione di una legge potrebbe rimanere anche in una società civile, ma è appunto la precisione che rende la legge superiore alla consuetudine:[1] in un stato grande gli usi sarebbero così difformi e così incerti e così difficili a conoscersi in un modo esatto, che i rapporti della vita ne soffrirebbero. Nella classe dei commercianti le costumanze locali hanno una figura più certa e visibile: il numero degli *utentes* è piccolo in confronto a quello di tutti i

[1] L'imperfezione della consuetudine come fonte giuridica deriva principalmente dall'essere nei costumi confuse le norme del diritto con le morali e le religiose. Potrà il giudice conoscere sempre quali di esse hanno un *contenuto giuridico* e debbono essere eseguite coattivamente? È per ciò che anche la parte di diritto che sorse per consuetudine divenne veramente *diritto* quando fu elaborata dai giuristi o dai giudici, cioè da una fonte cosciente. I Romani distinguevano bene l'*ius moribus constitutum* dai *boni mores:* questi boni mores erano i costumi di moralità, ed aveano col diritto un rapporto secondario e solo in alcuni casi, come l'*obsequium* o la *reverentia* o la *pudicitia* o la *fides.* Veggasi Muirhead *Historical Introduction to the private Law of Rome* 1886 pag. 22 e 28. Si vegga pure nel mio *Manuale di Storia del diritto romano* il § 15, e anche le note 236 e 272.

cittadini, ed è però che i nostri codici ammettono in questa materia il valore giuridico della consuetudine.

III. **Lex.** — La legge è nelle società sviluppate la fonte più diretta e più autorevole del diritto: è anzi la forma che dà per sè stessa il contenuto giuridico a qualunque disposizione. Un precetto sia morale, sia igienico, sia amministrativo, sia finanziario diventa *norma giuridica* quando è imposto da una legge. Il significato più comune della legge è quello di un comando generale emesso da quegli organi che nella costituzione politica dello stato hanno questa funzione. I popoli moderni civili sono ormai tutti d'accordo nel dare al popolo la facoltà di fare le leggi; non al popolo considerato come una somma di tutti gli abitanti, ma costituito in una rappresentanza, che in genere è il *Parlamento*. La base popolare della legge corrisponde esattamente ai concetti teorici: se infatti è l'utilità sociale che detta le norme giuridiche, il diritto deve sorgere dal popolo stesso. Non fu sempre così: dai tempi dell'impero romano alle rivoluzioni moderne le leggi erano fatte dagli imperatori, ma non furono i tempi migliori, e la storia mostra che quando uno stato fu fiorente la facoltà legislativa risiedette sempre nei comizii pubblici. Può ancora oggi ripetersi la definizione di Capitone: *lex est generale iussum populi rogante magistratu* (Gell. X 20, 2). Da questo concetto risulta quale sia il fondamento della legge: i bisogni sociali richiedenti un'utile soddisfazione offrono la materia e la misura del precetto, ma la forza obbligante di questo sta nell'*autorità* che lo emana. Nei popoli primitivi queste idee non esistono ancora, e la legge vi ha un diverso significato: in quelli che non sono giunti a tale sviluppo da avere pubblici comizii deliberanti il diritto è creato dal padre, dal re, dai giudici, e dalla casta dei sacerdoti o dei giuristi; ma ove questo sviluppo fu presto

ottenuto, come in Grecia ed a Roma, il comizio è l'adunanza dei capi di famiglia i quali nell'emanare una norma generale obbligante tutti, rinunciano al proprio potere di dettarla ciascuno di loro nella propria giurisdizione famigliare, sì che è come se facessero un *patto:* quindi è che la *lex* è il patto posto in essere nei comizii. Questo concetto si trova nella stessa etimologia della parola: non è infatti esatto dire (come dice il Muirhead *Hist. Introd.* p. 19) che *lex* venga da λέγειν, ma è da ammettersi che ambedue le voci derivino dalla radice sanscrita LAGH, cioè porre o stabilire, indicando ciò che hanno pattuito e concordato i membri del comizio. E di questa originaria significazione si trovano le traccie nel posteriore linguaggio del diritto romano: oltre alla stessa definizione della legge come *communis reipublicæ sponsio,* rimase il nome di *lex* a tutti i patti privati creati in occasione di una mancipatio (lex mancipii) o di una servitù (lex servitutis) o di un testamento (lex testamenti), e la frase *legem dicere* o *legare* (come nelle XII Tavole: uti legassit suæ rei) indicò l'imporre condizioni contrattuali mentre si metteva in essere un atto giuridico o si dava ad altri qualche cosa. La conseguenza della *lex* è l'*ius,* che dalla radice IU, cioè vincolare, indica il legame subbiettivo del cittadino di fronte alla norma di diritto. Dunque il primo concetto della legge non è un precetto imposto dallo stato ai cittadini, ma una convenzione conclusa tra persone uguali.[3]

[3] Il carattere di *patto* della legge è chiaramente visibile nel popolo romano: lo mostra la stessa forma di fare le leggi nei comizii, imperocchè il popolo è interrogato (*rogatus*) e risponde col suo voto. — Già il Rubino (*Untersuch.* p. 255) fece notare, ma con altri ed esagerati intendimenti, la analogia tra la *lex* e la *stipulatio.* — Si è veduto che Papiniano (D. I, 3, 1) definisce la lex come *sponsio communis.* e sponsio è l'antica parola per indicare convenzione o contratto.

Da un punto di veduta sociologica, la legge ha un grande valore, perchè rappresenta il vero progresso del diritto: finchè esso rimane nei costumi è incerto e commisto ad elementi morali o religiosi, ma quando è formulato dalle leggi diviene certo, sicuro, immutabile e con una veste sua propria. L'Ihering (*Esprit* II p. 38) dice che il diritto, passando dalla consuetudine alla legge, da oggetto di sentimento si fa oggetto di intendimento, logicamente apprezzabile e con precisione misurabile: la ragione occupa sempre più il posto dell'intuizione. Accenna a questo elemento di stabilità e di rigore Cicerone quando dice: *leges sunt inventæ quæ cum omnibus semper una atque eadem voce loquerentur* (*de off.* II 12). Tutti gli scrittori antichi hanno compreso quest'importanza della legge, come quella che ha segnato uno dei più grandi progressi nella società, facendola uscire dall'incertezza dannosa e confusa dei costumi ed entrare nel campo determinato di precetti precisi, e separando il *diritto* dalle altre norme. Varrone per distinguere il pretore dal censore, cioè le regole giuridiche dalle morali, si serve dell'idea della legge senza tener conto delle altre fonti, e dice: *prætorium ius ad* LEGEM, *censorium iudicium ad* ÆQUUM *æstimabatur* (*de l. l.* V p. 58). Pomponio osserva che Roma incominciò a reggersi *incerto iure et consuetudine,* ma poi trovò le leggi *ne diutius id fieret* (D. I, 2, 2, 3). Ed anche Tito Livio allude a queste idee quando dice *leges rem surdam inexorabilem esse, nihil laxamenti nec veniæ habere* (II 3). I popoli asiatici per la maggior parte non seppero uscire presto dall'incertezza dei costumi, e non ebbero nè leggi nè codici, cioè non ebbero una *fibra legale,* che ferreamente fissasse le norme acquistate e ne impedisse il corrompimento: perciò la loro evoluzione si arrestò. Invece nelle società ariane avvenne fortunatamente l'opposto: nei

loro inizii formarono una massa omogenea di consuetudini,[4] ma in tempo opportuno crearono le leggi, e il diritto progredì rapidamente. Non tutte però in egual modo: Sparta meno che Atene,[5] e Roma più di tutte.[6]

Nello studio della legge come fonte giuridica si deve esaminare l'*autorità pubblica* che può emanarla; la natura del suo *contenuto;* la *forma* di essa; e le sue varie *specie.*

a) *Autorità pubblica legislatrice.* — L'ordinamento dei poteri politici dipende dalla costituzione di ciascun popolo, ed ognuno ha la sua propria: il carattere comune a tutti è che il fare le leggi appartiene non ad un individuo o a tutti gli individui assieme, ma alla *constitutio populi,* cioè allo stato in quanto si estrinseca in un *pubblico potere.* La storia mostra che nei varii tempi furono in uso diversi sistemi, cioè i comizii, o i senati, o le costituzioni dei re e degli imperatori,[7]

---

[4] Si è già detto che in Omero non c'è il concetto di νόμος come legge. Vi si trova νόμοι ᾠδῆς nel senso di *maniere di cantare.*

[5] Leist *Græco-ital. R. Gesch.* 1884 p. 556.

[6] È noto che la tradizione romana attribuisce molte leggi (*leges regiæ*) a tutti i sette re, e persino a Romolo. La quale tradizione mostra che l'istituzione della *lex* era in Roma antichissima. Fu anche questo un elemento della sua posteriore floridezza e del suo posteriore mirabile progresso nel diritto: potè così rapidamente separarsi l'*ius* dal *fas* (Muirhead *Hist. Introd.* p. 20). Tanto più presto un organo ed una funzione si perfezionano quanto più presto acquistano una vita distinta e loro propria.

[7] Nel diritto romano, ch'ebbe una vita tanto lunga, furono applicati tutti i sistemi principali. Nei primi secoli dell'impero si ebbero i senatusconsulta e poi le constitutiones principis: gli uni e le altre erano leggi e creavano ius. Non è sopita la controversia che genere di ius creassero: il Rudorff disse *ius extraordinarium,* ma il Wlassak (*Krit. Stud.* p. 51) lo negò, e questa controversia che appartiene alla storia del diritto romano ha anche un'importanza filosofica. Testè il Kuntze (*Die Oblig. und das Ius extraord.* 1886) ha risostenuto l'opinione del Rudorff citando molti testi che parlano di extra ordinem o ius extraordinarium o ius novum. Egli nega ai se-

o i metodi misti moderni del Parlamento e della sanzione sovrana: di ciò si occupa una scienza apposita, cioè quella del diritto costituzionale, e la filosofia si limita ad osservare che quando una società è in prospere condizioni di progresso e tutto il popolo può e sa prendere parte ai poteri pubblici, è necessario che le leggi abbiano la loro base nella sovranità popolare, perchè così è più diretto l'intimo rapporto tra le norme giuridiche ed i bisogni sociali. Questa teoria fu nel modo più puro e più corretto formulata dai giuristi romani: Gaio dice che *lex est quod populus iubet atque constituit* (I 2); Giuliano dice che *leges nulla alia ex causa nos teneant quam quod iudicio populi receptæ sunt* (D. I, 3, 32, 1); e Modestino dice che *omne ius aut consensus fecit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo* (D. I, 3, 40). Molto confusi furono i concetti della legge nelle filosofie passate; secondo gli stoici la legge era l'interpretazione della *natura rerum;* nella scuola teologica era la volontà divina ispirata agli uomini; pel razionalismo fu un' esigenza formale della ragione. Il Trendelenburg (*Diritto Naturale* § 186) definì la legge come la *volontà ragionevole del tutto,* e le diede per iscopo di *garentire le condizioni del principio etico* e di fare che *lo stato sia la libertà realizzata.* Il Rousseau (*du contrat social* I 6) partendo dall'idea che gli uomini sono usciti dallo stato di natura per formare con un contratto la società, dice che si hanno le leggi quando *tout le peuple*

natoconsulti e alle costituzioni la qualità di *leges* perchè nelle fonti è detto che *sunt pro lege* o *legis habent vigorem* (D. I, 2, 2, 12; *Inst.* I, 2, 5 e 6). Non è qui il luogo di entrare in questa disputa tra il Wlassak e il Kuntze, ma si può osservare che nella loro essenza i senatoconsulti e le costituzioni erano vere leggi, e che i giuristi romani dicevano *pro lege* per ragioni costituzionali proprie al loro popolo: nelle tradizioni romane i soli comizii potevano legisferare, ma i comizii erano ai tempi dell'impero scomparsi.

statue sur tout le peuple. Il Montesquieu (*Esprit* I 3) disse che le leggi civili non sono altro che *i casi particolari ai quali si applica la ragione umana.* L'errore di queste definizioni e delle altre simili è volere unire al concetto della legge il proprio sistema filosofico sopra l'origine e lo scopo del diritto; ma se invece si tengono separate queste due cose, si può avere della legge un'idea più semplice e più vera, considerandola come *quella fonte giuridica che crea precetti* GENERALI, *e risiede in quel potere pubblico che è determinato dalla politica costituzione di ogni popolo.*

Negli stati moderni vi è una fonte giuridica ma secondaria che è prossima alla legge, e sono i *regolamenti.* La loro speciale natura è di essere emanati da un altro potere che non sia il legislativo: contengono, come la legge, precetti *generali* e non sono da confondersi coi decreti o i rescritti o gli altri simili provvedimenti, e dalla legge solo si distaccano quanto alla autorità che li genera. È adunque una questione di ordinamento di poteri che non interessa la filosofia; così pure non interessano qui le altre controversie sui rapporti tra la legge e il regolamento, dei quali si occupa la scienza del diritto amministrativo. Basta osservare che i regolamenti quando sono *costituzionali,* cioè ristretti nei limiti nei quali si estende la tacita delegazione del potere legisferante al potere esecutivo, sono altrettante leggi, sia nella loro natura sia nella loro forza obbligatoria.

b) *Contenuto della legge.* — La legge è una forma che riveste di autorità tutti quei precetti che il potere legisferante voglia emanare. Ogni regola di condotta sociale può divenire giuridica, sol che una legge l'accetti e l'imponga: il contenuto del diritto è adunque dato non dal diritto stesso ma dalla vita reale. Ma siccome i fenomeni sociali non procedono a capriccio del-

l' individuo, così è naturale che uno stato riduca a comando legislativo quelle norme che devono essere sottratte alla debole protezione della morale o della religione. È questa una materia rilasciata all' *opportunità*, e la scienza può solamente fissare alcuni limiti, dei quali si dirà dopo: ora è necessario determinare il rapporto *quantitativo* tra la legge e le altre fonti giuridiche. Cioè a dire: la parte più grande del diritto dev' essere creata dalle leggi, o dalla consuetudine, o dai giuristi? L' osservazione degli stati moderni non può bastare per indurne una risposta esatta: è vero che oggi la fonte quasi unica del diritto è la legislativa, ma devesi notare che abbiamo ereditato l' opera di molti secoli in ispecie nel giure privato, e che i nostri codici non hanno *creato* ma *accettato* il diritto preesistente. Tuttavia è da ammettersi che negli ordinamenti costituzionali dei popoli civili la legge ha assorbito tutte le altre fonti: la consuetudine non ha più valore; le sentenze dei giudici risolvono la concreta fattispecie; i giuristi hanno solo una funzione scientifica: dunque non rimangono che le leggi. Ma nelle società antiche avvenne l' opposto: se si guarda al mondo romano si vede che per molti secoli il suo diritto sorse lentamente per opera del pretore e dei giureconsulti, ma non delle leggi: dalle XII Tavole fino alle leges Iuliæ di Augusto passarono più che quattrocento anni, nei quali rare volte i comizii crearono nuove norme, e nel diritto privato più raramente che nel pubblico. Dice bene il Maine: nell' infanzia e nella giovinezza d' una nazione poche volte il legislatore è chiamato a fare una riforma generale del diritto privato; il popolo non vuole cangiamenti nelle leggi, che sono generalmente stimate più che non valgano, ma vuol solo ch' esse sieno applicate nella loro purezza, e ricorre al potere legislativo per fare sparire qualche grande abuso (*Ancien Droit* p. 41).

Nelle fonti giuridiche la legge di evoluzione può adunque essere tracciata da questi due punti estremi: *dalle consuetudini alle leggi.*[8]

Si è veduto che giuridicamente la legge può convertire in diritto qualunque norma di condotta sociale. Dice di nuovo il Maine: la legislazione, qualsiasi limite il suo potere incontri nella opinione pubblica, possiede in teoria la facoltà d'imporre ai cittadini tutte le obbligazioni che vuole, e nulla le impedisce di fare leggi con tutto l'abbandono del capriccio. Anche se la legge è dettata dall'utile comune, i suoi comandi derivano la loro forza dall'autorità legislativa e non dai principii che mossero il legislatore. Ma nella realtà della vita alcuni *limiti* esistono, e può la scienza indicarli: tra essi è primo la utilità sociale che la pubblica coscienza sente spontaneamente, e anzi la maggior parte dei giudizii di bontà o non bontà di una legge sono fondati sopra questo criterio. Un altro limite è nei costumi del popolo: quando una nuova disposizione urtasse tutto il patrimonio degli usi inveterati o dei sentimenti più profondi e forti, sorgerebbe nell'animo di tutti una forza di ripugnanza e di resistenza che renderebbe impotente la legge stessa. Nel rispetto agli ordinamenti sociali o politici fondamentali trova il legislatore un altro legittimo impedimento: se egli volesse abolire la famiglia, o permettere la poliandria, o non punire il furto, il popolo gli si ribellerebbe. Così pure è a dirsi delle leggi preesistenti e generali alle quali debbono uniformarsi le posteriori e particolari, in ispecie quando quelle sieno o si reputino essere non abrogabili come è il nostro statuto del regno. L'osser-

---

[8] Dice il Maine: *l'attività continua dei nostri legislatori è un fenomeno del tutto moderno* (*Études sur l'ancien droit* p. 490). Del che la ragione è più negativa che positiva, cioè lo scomparire delle altre fonti giuridiche.

vazione storica mostra che quando un popolo prese con leggerezza la funzione legislativa, facendo con repentine scosse succedere leggi a leggi, simile all' inferma di Dante che non può trovar posa in su le piume, o era decaduto o era per decadere. Nulla giova di più al benessere di una nazione che la stabilità dei suoi ordinamenti, perchè le leggi devono mettere radice nei costumi: le riforme veloci saranno anche teoricamente buone, ma per il fatto di essere immature sono praticamente dannose. Roma nel diritto privato e l' Inghilterra nel pubblico sono due mirabili esempii di senno e di prudenza politica: il loro patrimonio giuridico sorse lentamente e con risparmii secolari, senza strappi o violente mutazioni, come i rami e il tronco di una vecchia quercia. *Quod*, diceva Cicerone (*de rep.* II 1), *nostra respublica non unius esset ingenio, sed multorum, nec unius hominis vita, sed aliquod constituta sæculorum.*

Il contenuto delle leggi deve adunque rispondere ai *bisogni del popolo.* Tipi di ideale perfezione, *dictamina rectæ rationis*, astratte deduzioni non possono essere tradotti in diritto, quando i cittadini non sieno in condizioni da accettarli. Aulo Gellio (XX 1) diceva che *leges ut facies cœli et maris varientur*, volendo significare questo rapporto costante tra le norme giuridiche e le esigenze sociali: si muovono e si mutano queste, si muovono e si mutano pur quelle. Dire i bisogni del popolo o dire la coscienza comune è dire una cosa vaga, ma la scienza e la filosofia non possono dire di più: capire di che ha necessità la nazione in un certo momento è dovuto al senno pratico di un valente reggitore della cosa pubblica. Qui basti affermare che le leggi non debbono ispirarsi ad astrattezze teoriche, ma sorgere da un bisogno e soddisfacendolo arrecare un utile: acciocchè si possa dire con Giustiniano (*Inst.*

I, 2, 2) che il dirittto si formò *usu exigente et humanis necessitatibus.*[9] Con ciò non si nega però che un sagace legislatore possa con una legge prevedere i bisogni, e che una buona riforma possa creare nuove istituzioni non ancora desiderate: una pedante interpretazione della scuola storica trapiantò il fatalismo nel diritto, e disse che questo è come un frutto che quando è maturo cade da sè, ma l' osservazione critica mostra invece che quei popoli fiorirono i quali seppero con buone leggi organizzare nuove funzioni, sviluppare nuove attività, e non solo soddisfare i bisogni esistenti, ma inoltre farne sorgere degli altri. E quando le norme giuridiche sono proporzionate ai costumi del popolo, la loro esitenza è più sicura, perchè il diritto si serve della forza, ma la sua forza principale è nell' essere *voluto* e *sentito* da tutti: una legge non conforme alla nostra indole o alle nostre costumanze sarà rispettata perchè i giudici ne curano l' esecuzione, ma con molti artificii indiretti sarà evitata finchè non potrà più reggersi. Questa considerazione è da farsi principalmente oggi che alla mania delle riforme si aggiunge la moda di copiare quelle delle nazioni più rinomate: il diritto è per gran parte nazionale come la lingua e i costumi. Il che appare tanto più quanto più si risale in società antiche: è vero che quasi in tutte la tradizione voleva che i codici fossero stati ispirati dagli Dei, come quello di Zaleuco da Pallas Athene, o presi da altri popoli, come le XII Tavole dai Greci, ma nella realtà non fu così, e il diritto romano oppose un' ostinata resistenza alle influenze forestiere. Però sul principio della *nazionalità* delle norme giuridiche è da osservarsi una cosa importantissima: se la norma buona è il miglior

[9] Livio (XXXIV 6) dice che le leggi sono *mortales et temporibus ipsis mutabiles. Quæ in pace latæ sunt plerumque bellum abrogat: quæ in bello, pax.*

modo di regolare un certo rapporto della vita sociale, è evidente che qualunque popolo che ha quel rapporto può appropriarsi quella norma; ora nelle società civili e nel diritto privato si trovano gli stessi rapporti, come la proprietà o le servitù o i contratti, e perciò tutti i popoli civili possono uniformarsi ad uno stesso tipo giuridico. In questa maniera si spiega l'influenza del diritto romano sopra gli stati moderni dell'Europa, e si spiega come anche l'Inghilterra da qualche anno studi con fervore il giure dei romani e finisca poi per convertirlo in proprio sangue. Nella identità dei rapporti di fatto e nell'essere il precètto romano il miglior modo escogitabile di regolarlo è riposta la causa di quel mirabile fenomeno, che suolsi chiamare l'*universalità del diritto romano.*

L'intima relazione tra il diritto e la vita dev'essere ricordata non solo nella creazione di leggi nuove, ma anche nella riforma delle leggi esistenti, ed in ispecie nella *riforma dei codici:* le società antiche erano in questa parte troppo caute, ma le moderne sembrano essere troppo ardite. Dopo le XII Tavole passarono più di settecento anni prima che i Romani avessero un altro codice; invece il nostro codice di commercio italiano del 1882 ha già bisogno di modificazioni, e molti vorrebbero rifare quello civile del 1865: questi due fatti paragonati tra loro mostrano l'esagerazione di due opposte tendenze. Fu detto che spesso è migliore una legge non buona ma duratura, che una buonissima e fugace; e certo è in ciò un lato vero, perchè le violenti e subitanee scosse negli istituti giuridici nocciono ai negozii della vita e alla forza morale del diritto. Ogni riforma di codice o di una legge generale non deve saltar fuori di punto in bianco, ma è bene che sia preparata nella coscienza popolare: e questa coscienza per il diritto pubblico si manifesta nei comizii come largamente si usa

in Inghilterra, e per il diritto privato si elabora con l'opera dei giuristi e della scienza. Pur troppo ha seguaci una certa scuola che vorrebbe che i giureconsulti si limitassero all'interpretazione delle leggi esistenti; ma la loro funzione è anche più alta, e consiste nel prevedere i bisogni e preparare con ampie discussioni le riforme di là da venire, acciocchè queste quando sieno venute trovino già le condizioni della loro prosperità.

La *qualità* del contenuto delle leggi è stata distinta dalla scienza in alcune categorie generali, le quali però non hanno un'importanza filosofica, imperocchè il diritto può servirsi di tutti quei generi di norma che si adattano alla condotta sociale. Le regole morali e quelle cerimoniali e religiose ed estetiche o vietano di fare o impongono qualche cosa: così le giuridiche. Modestino (D. I, 2, 7) disse: *legis virtus hæc est, imperare, vetare, permittere, punire;* donde i pratici han creato le specie di *lex præceptiva, prohibitiva, permissiva, dispositiva.* Qui interessa solo la speciale natura della lex permissiva, che è quella che espressamente permette un'azione, cioè non la vieta e non l'impone, come per esempio l'articolo 1831 del nostro codice civile il quale dice possibile qualunque usurá. Nella morale di leggi permissive non ce n'è, e non ce ne ponno essere, perchè tutto vi è *dovere:* ma appunto tra il diritto e la morale corre questa differenza[10] che quello ha assunto a sè le norme che il popolo reputa più importanti alla condotta sociale, mentre la morale regola tutto.[11]

---

[10] Kirchmann *Die Grundbegriffe* p. 106. — Da ciò s'argomenta pure la differenza qualitativa tra il *dovere giuridico* e il *dovere morale.*

[11] In ciò concordano la morale e la religione (San Tommaso *Pr. Sec.* quæs. 18 art. 8 e 9). In questo senso Cristo (Matth. 12) diceva: *de omni verbo otioso, quod locuti fuerint homines, reddent rationem in die iudicii.*

È finalmente essenziale al concetto della legge che il suo contenuto sia una norma *generale*, cioè riguardi tutti i cittadini o una categoria di essi: comandi personali, privilegi individuali, sono contrarii alla natura dell'istituto giuridico, perchè non sono norme di condotta *sociale*. Non contraddice a questo la esistenza di un *ius singulare* perchè il diritto singolare (come l'ius militum) è singolare relativamente a un altro più comune, ma filosoficamente gli è identico perchè ha *norme generali*.

c) *Forma della legge*. — Tutte le norme, e perciò anche e tanto più le giuridiche, devono essere formulate, espresse cioè con parole in una regolare e chiara proposizione. Anzi qualche volta persino le fonti del diritto più importanti invece di *creare* esso diritto non fanno che accettarlo come la vita l'ha già fatto, e *formularlo*. Avviene quasi sempre così della consuetudine, la quale genera tacitamente fatti e precetti, ma questi precetti diventano *giuridici* quando o le leggi o i giudici o i giuristi li riconoscono e li formulano. Questa formulazione è nella legge più importante che altrove, perchè diventa oggetto di studio per gli interpreti, ed il pensiero del legislatore non si sa spesso ove trovarlo se non nelle sue parole. Se si osservano alcune leggi distanti fra loro per tempo e per civiltà, si vede che sono diverse anche nella forma: specialmente colpisce il fatto che nei popoli giovani la forma è rigorosa, breve, imponente, mentre in quelli vecchi è larga, prolissa, ripetuta.[12] Si confronti l'*ita ius esto* delle XII Ta-

---

[12] Pare che molte antichissime leggi fossero scritte in versi o in forma ritmica, e Aristotile (*Proll.* XIX 28) dice che prima di scriverle s'usava cantarle. Perciò i Greci con la parola νόμοι indicavano le leggi e i canti (Plut. *De musica* p. 1133), e i Romani le dicevano *carmina* (Livio I 26). Il libro di Manou, sebbene non sia che due secoli prima di Cristo. pure è in versi. Veggasi pure

vole con le invocazioni e perorazioni delle novelle di Giustiniano. Sapere formulare bene una legge è un' *arte* che non può insegnarsi, ma che dà l' esperienza e l' intuizione pratica. Alla difficoltà di fare corrispondere con esattezza la parola al pensiero, si aggiunge quella anche maggiore di esprimere con frasi una certa direzione che si vuol dare alla condotta sociale. Vi è poi l' ordinamento delle varie disposizioni, la loro corrispondenza a certe tendenze generali, l' evitare quelle contradicentisi, fare insomma quel lavorio *logico* che è necessario in qualunque opera intellettuale. Nè vale l' uniformarsi in tutto alle teorie della scienza: in ispecie nei codici si è qualche volta veduto che quelli più scientifici non fecero buona prova, e quelli più pratici furono utili al popolo e al commercio.[13] Il metodo moderno delle *commissioni parlamentari* è per questo lato pessimo, perchè dove domina la passione politica e la poca conoscenza tecnica della materia non è possibile che la *forma* sia studiata. Non si vuol qui parlare della forma come eleganza di frase o proprietà di locuzione o estetica di apparenza; ma solo di forma come esatto specchio in parole della mente del legislatore: quando da qui a moltissimi anni si esaminerà la farragine di leggi che si fanno oggi, si vedrà come peccano principalmente nella formulazione. Un consesso

---

Arist. *Probl.* XIX 13 e 14; Liv. III 64, X 64; Macrob. *Sat.* III 956. — Però Max Müller sostiene, almeno per l' India, che le raccolte di aforismi hanno preceduto quelle di versi, e perciò egli nega la finora creduta antichità del codice di Manou. — Ad ogni modo si vede da ciò quanto sia errato affermare in modo assoluto che nel diritto il periodo *poetico* precedette il *sacerdotale:* del che si dirà dopo (n. IV di questo paragrafo).

[13] Seneca (*Epist.* 94) dice: *non probo quod Platonis legibus adiecta principia sunt. Legem enim brevem esse oportet, quo facilius ab imperitis teneatur, velut emissa divinitus vox sit.* JUBEAT, NON DISPUTET.... *non disco, sed pareo.*

permanente di giuristi dovrebbe elaborare le leggi, e consegnarle poi alla sorte degli umori politici.

Alla teoria della forma delle leggi appartengono i *codici*, cioè la raccolta più o meno sistematica e completa di tutte le leggi concernenti una delle grandi categorie giuridiche, come il diritto privato o il procedurale o il commerciale. Nella storia dei popoli si vede che ciascuno di essi ad un certo punto del suo sviluppo ebbe un codice: dopo un certo tempo che si ebbe con l'opera della consuetudine o delle leggi o dei giuristi accumulato un patrimonio di norme giuridiche si sentì il bisogno di fissarle, coordinarle, impedire il corrompimento: fare cioè un codice. Dice con esattezza il Maine (*Ancien Droit* p. 15): l'importanza dei codici per le antiche società supera ogni credere; la questione che riguardava tutto l'avvenire di ciascuno stato, non era di sapere se si avrebbe avuto o no un codice, perchè la maggior parte di essi n'ebbe uno presto o tardi, ma era di sapere in qual periodo e in quale stadio di sviluppo sociale il diritto sarebbe divenuto scritto. I vantaggi del codice per una società giovane sono immensi: la pubblicità delle leggi; la protezione contro le frodi delle oligarchie privilegiate; la certezza e sicurezza delle norme; la conservazione del patrimonio giuridico in tanto tempo e con tanti sforzi acquistato a poco a poco; la possibilità che sorga una vera scienza del diritto; il rimedio ai costumi che si vanno corrompendo e confondendo. Dice di nuovo il Maine: una società barbara avente un insieme di consuetudini è esposta a gravi pericoli, che possono fermare fatalmente il corso del suo progresso; gli usi che una comunità ha adottato nella sua infanzia sono generalmente quelli che favoriscano il suo benessere fisico e morale, e se sa conservarli sino a che nuovi bisogni abbiano creato nuove idee, l'evoluzione della società è quasi assicurata. Ma

esiste sfortunatamente una legge di sviluppo che minaccia sempre i costumi non scritti; siccome questi costumi sono messi in pratica da una moltitudine incapace a capirne l'utilità, così man mano la consuetudine ragionevole crea la consuetudine irragionevole, ed un codice che venga a tempo impedisce la corruzione e dà una *fibra legale* alla società, aiutando la separazione del diritto dalla morale e dalla religione. In ciò fu riposto l'alto valore pei Romani delle XII Tavole, *finis æqui iuris*, e la venerazione ch'esse ebbero nel popolo (Cic. *de leg.* II 4, 9): esse non crearono disposizioni nuove, eccettuate poche, nè copiarono quelle dei Greci, ma diedero forma e purificazione a tutto il diritto preesistente. E la fortuna fu che queste XII Tavole vennero in tempo opportuno a conservare il progresso ottenuto e aiutarlo per il futuro: *cento anni dopo sarebbe stato troppo tardi*, dice il Maine. Infatti si guardino gli Indiani i quali, come insegna l'etnografia, vennero dalla stessa residenza che i Romani, e nei loro costumi primitivi hanno rassomiglianze sorprendenti: il diritto di quelli fu scritto e se ne trovano antichi libri in sanscrito, ma si vede che ciò avvenne quando il popolo era già decaduto e le consuetudini corrotte, mentre il codice romano fu fatto essendo ancora sane e giovani. Ma siccome il codice sta fermo e la vita cammina, così viene poi il tempo che in ogni società c'è disquilibrio tra il diritto scritto e i nuovi bisogni. E allora? in alcuni popoli, e sono le eccezioni, si trova il modo di riparare al male, come fu a Roma per opera del pretore e dei giuristi; in altri, e sono la parte maggiore, si ferma il progresso e la società decade.

La lunga epoca medioevale fu fatale ai codici: si ebbero molte leggi, come quelle dei Longobardi e dei Carlovingi e poi gli statuti comunali, ma non un vero codice. Del che le cause furono molteplici, ma è anche da

perchè come si debbano interpretare le leggi non è insegnato dal diritto, ma dai principii della logica. La ricerca fondamentale è prima di tutto questa: che cosa il legislatore ha voluto dire? e qui soccorrono le parole della legge, la tradizione storica, i verbali delle commissioni, le analogie, e gli altri sussidii. La seconda ricerca pei casi non espressamente contemplati è questa: che cosa avrebbe il legislatore disposto se avesse avuto in mente questo dato rapporto? È facile vedere come i metodi deduttivo e induttivo si intreccino e si aiutino: in presenza di una fattispecie bisogna usare quei criterii che il naturalista usa in presenza di un fenomeno fisico, cioè cogliere il *fatto* senza le cose accessorie, e dividerlo nei suoi elementi; poi si deve applicargli la *norma giuridica*, il che avviene sempre per mezzo di un sillogismo. Quando la norma non si trova nel codice, come suole accadere, si deve formarla, inducendola dai casi analoghi o con altri argomenti suggeriti dalla logica. È per ciò che il giurista dovrebbe conoscere bene la logica, ma non solo quella poca parte di essa che va sotto il nome di buon senso, ma quella che è una vera scienza:[17] sarebbe utile applicare alla materia giuridica le varie teorie logiche, come i principii di identità, contradizione, ed esclusione del mezzo; le regole della deduzione; i rapporti tra le parole e le conoscenze; la distinzione di Hamilton tra l'estensione e la comprensione; gli assiomi del sillogismo con le nuove teorie di Hamilton, De Morgan, e De Boole; le specie di sofismi; i metodi di osservazione; tutte insomma le altre risorse logiche.

d) Varie specie di legge. — Qualunque classificazione suppone un criterio che la dirige, e le leggi pos-

[17] La *scienza logica* è molto trascurata in Italia. Un libro completo ed ottimo è quello del Bain, tradotto in francese: *Logique déductive et inductive* due volumi 1875.

sono dividersi in generi diversi secondo l'aspetto che si prende a considerare. Di fronte all'autorità che le emana, si hanno le leggi popolari, le regie, i regolamenti. Di fronte alla forma, si hanno le leggi singole e i codici. Di fronte al contenuto, si hanno, come si è veduto, le leggi proibitive, permissive, precettive e dispositive. Ma queste distinzioni sono *formali,* nel senso cioè che non sono altro che ripetizioni in una sola parola di concetti semplici e già esposti: nulla adunque si aggiunge alla scienza, e queste differenze nominali non hanno un valore nè pratico nè filosofico.[18] Molto più importante è prendere il criterio della *sanzione* della legge: è infatti naturale che ogni norma giuridica sia giuridica appunto perchè la sua sanzione è nella possibilità di farla eseguire coattivamente, se le parti vi si ribellano. Ogni disposizione del diritto deve essere, in caso di violazione, imposta *manu militari* dalla sentenza del giudice; può la sanzione essere diretta, cioè obbligare a fare o non fare, o può essere rafforzata da una pena pecuniaria o personale, o può essere indiretta come il risarcimento dei danni o la perdita dei lucri dotali e simili. Ma una sanzione con possibilità di coazione ci dev' essere, se no s' entra nel territorio della morale e della religione: qualche rara volta però un precetto non coattibile ma di grande importanza sociale può essere rivestito di forma legale solo per dargli maggiore solennità, ma anche in questo caso qualche effetto benchè indirettissimo c' è sempre. Così è l'articolo 220 del nostro codice civile: *il figlio, qualunque sia la sua età, deve onorare e rispettare i genitori.* Or bene, dal punto di vista della sanzione i giuristi pratici hanno fatto una distinzione di leggi, che ha un va-

---

[18] Questo lavorio di classificazione appartiene alla dialettica giuridica. Veggasi il 4° volume dell'*Esprit* dell'Ihering.

lore anche teorico, e consiste nel dire che una legge è *perfecta* quando gli atti contro di essa sono nulli, come una vendita contradicente all'articolo 1314 del nostro codice; è *minus quam perfecta* quando l'atto non è nullo, ma è punito chi lo ha posto in essere, come nell'articolo 123 del codice; è *imperfecta* quando non minaccia nè la nullità nè una pena, ma danni indiretti.[19]

La legge come fonte giuridica è tra le più antiche di tutte, ed è quasi unica nei popoli civili, ma il suo concetto cioè il modo di essere considerata non fu sempre lo stesso. Nelle società primitive *la legge fu una parte della religione,*[20] nel senso che si credette proveniente o ispirata dagli Dei, e che i suoi comandi concernevano in parte il diritto e in parte i costumi religiosi. Tra le *leges regiæ* di Roma alcune disponevano sui cibi da usarsi nei sacrifizii e sulle cerimonie da compiersi dal vincitore nel tornare in patria; anche le XII Tavole ebbero regole sui riti sacri e sui sepolcri; e Cicerone nel *de legibus* traccia un sistema di legislazione, la cui prima norma è di avvicinarsi agli Dei con le mani pure. Le prime leggi scritte furono inserite nei rituali assieme alle preghiere: Varrone[21] cita una legge antica di Tusculum, e dice che l'ha letta nei libri sacri di quella città; anche più tardi si usò depositarle nei templi; forse perciò dicevasi *pontificem neminem bonum esse nisi qui ius civile cognoscit.*[22] Tutto il diritto indiano si trova nei libri sacri, formati a poco

---

[19] Si è preteso che questa distinzione si trovi nelle fonti romane, ma non è esatto: solo in un frammento di Ulpiano (I 1) è detto: *minus quam perfecta lex est quæ vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed pœnam iniungit.*

[20] Fustel de Coulanges *La cité antique* capo XI del libro III.

[21] Varro *de lingua latina* VI 16. — Dionigi d'Alicarnasso dice che leggi regie di Roma erano ἐνίεραῖς βίβλοις ἀποκείμενα (X 1).

[22] Cic. *de leg.* II 19.

a poco da una famiglia sacerdotale, dedicata a ciò; di essi libri quello di Manou è il più recente.[23] Ma nelle società progredienti, come la romana, a questo primo stadio successe presto un altro: la legge divenne *civile*, cioè *civium*, e si distinse dalla religione; allora invece che dagli Dei o dai re fu pubblicamente fatta dai comizii, e si considerò come un patto intergentale, una convenzione cioè fatta tra i padri delle varie famiglie. E finalmente la legge raggiunse tutto il suo sviluppo col presentarsi come la volontà dello stato regolarmente costituito, su la base della sovranità popolare organizzato in un ordinato ed apposito potere. È sotto questa forma che i popoli moderni considerano la legge; il comando legittimo della civitas come constitutio populi è l'unica regola coattiva della condotta sociale, la morale e la religione e i costumi appartenendo al così detto forum conscientiæ, cioè all'interna responsabilità dell'individuo. Ma tanto nei tempi antichi quanto nei presenti la legge ha per carattere di richiedere da tutti ugualmente un profondo rispetto; sia religiosa o sia civile, la proteggano gli Dei o il popolo, nulla è superiore ad essa, ed essa è superiore ad ogni cosa, al cittadino al re allo stato al popolo stesso. Quanto più una nazione è sana di costumi e forte per civiltà, tanto più nel sentimento di ciascuno è radicato l'ossequio pel diritto, come Socrate che rifiuta gli aiuti di Critone, perchè è felice di subire la morte decretata dalla repubblica. Sulla roccia delle Termopili era stato scritto: *o passeggiero, va a dire a Sparta che siamo periti qui per obbedire alle sue leggi*; ogni persona in ogni tempo

[23] Veggasi il capo 1° — *les lois sacrées de l'Inde* — dell'opera del Maine *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive* tr. fr. 1884. — Il libro di Manou che si voleva porre nel 1280 av. Cr. su la fede di William Iones, pare invece secondo il Max Müller che rimonti solo a due secoli prima di Cristo.

deve aver la forza di potere scrivere lo stesso nel proprio cuore. È sempre sublime e vero il verso di Pindaro: νόμος ὁ πάντων βασιλεύς.

IV. **L' opera dei giuristi.** — Appena una funzione anche fisica si presenta con un certo sviluppo, sorge un suo apposito organo, nel quale si concentra, e il quale ne cura l' evoluzione: così è del diritto, che presto ed anche in società primitive diventa l' occupazione di una classe speciale di persone, cioè i giuristi in senso lato, che lo conservano e applicano e accrescono. Per gli originarii rapporti tra il diritto e la religione queste persone sono da prima i *sacerdoti*, come è avvenuto in tutti i popoli antichissimi indiani, celti, germani, italici, greci e romani: e questo fatto costante ha la sua spiegazione nell' essere le prime regole di condotta sociale, sieno morali o giuridiche o igieniche o cerimoniali, rivestite nella gioventù della civiltà di una forma religiosa e divina.[24] La classe sacerdotale a poco a poco si costituì in corporazione o casta, e sempre più si arrogò l' esclusiva facoltà di manipolare i precetti giuri-

---

[24] Certo che la esistenza della *casta sacerdotale* suppone che la società primitiva abbia già un certo sviluppo: prima le norme sociali non hanno che la forma di costumi o tradizioni o comandi del re e dei vecchi. Ma non è esatto dire (come dice il Tamassia in *Arch. Giur.* XXXVII p. 301) che prima dei sacerdoti sian stati depositarii del diritto i poeti vati, come se questo fosse uno stadio di evoluzione. I canti, le regole messe in versi, le grida frenetiche e spasmodiche (Lucret. III 486; Virg. *Æn.* VI 77), il *furor poeticus* (Arndt *Lehrb. d. Psychiatrie* 1885 p. 258) si trovano in tutti i popoli primitivi accompagnare i fenomeni sociali, i riti religiosi, gli atti giuridici, ma non escludono l' esistenza della classe sacerdotale. Il diritto nella evoluzione dei popoli passò dai comandi del re o dei padri o dei capi della tribù e dalle sentenze dei giudici a una classe particolare di persone; tanto nel primo caso quanto nel secondo fu conservato in aforismi, poesie, canti e poi in libri di rituale sacro. Dunque la veste poetica e ispirata non è uno stadio a sè, ma è una *forma* che nei primi tempi accompagna il diritto, si trovi esso nei costumi o nella scienza dei sacerdoti. Veggasi sotto la nota 31.

dici, ordinare i riti e i sagrifizii, decidere le controversie; e la loro grande forza era nella credenza popolare che riteneva i sacerdoti ispirati dagli Dei. Nell'India si trova ancora oggi che tutto il diritto è riposto nei loro antichi libri sacri, i quali sono custoditi e letti da una scuola di dotti bramini dedicatisi alla scienza sacra; essi appartengono a famiglie che hanno questa attitudine ereditaria, ed è principio che si riguardino come antenati i maestri del proprio maestro. Così è detto nei testi di Apastamba (VII 12), uno degli autori indiani più antichi. I molti libri sacri sono la lenta opera di queste famiglie di dotti, come i poemi omerici sarebbero secondo il Grote [25] l'opera collettiva di un'intiera gens il cui capostipite portava il nome di Omero. Presso gli antichi Celti abitatori dell'Irlanda i dotti depositarii del diritto formavano non una scuola ma una famiglia[26] spirituale o *fosterage*,[27] e il maestro avea una specie di patria potestas sul discepolo.[28] I libri sacri irlandesi *Senchus Mor* (che nella forma presente rimonta forse all'undecimo secolo) e *Aicill* (forse di un secolo precedente) sono l'opera di questa famiglia o scuola di diritto, che nei Celti portava il nome di *Druidi*. Cesare (*de bell. gall.* VI 13 e 14) dice che essi erano giudici, e che insegnavano la scienza ridotta in versi. I Druidi

---

[25] Grote *Hist. de la Grèce* trad. franc. 1865 III p. 17.

[26] *Ancient Laws of Ireland* II p. 349.

[27] Un altro caso di parentela artificiale era presso gli Irlandesi il *comperage*, cioè rapporto tra la nutrice e il bambino che ha preso il suo latte. Maine *Inst. Prim.* p. 297.

[28] Una lontana eco di ciò rimane nel nome di *filii* che nelle università medioevali avevano gli studenti. I quattro trattati antichi di diritto indiano, il Vyavahara Mayukha, il Daya Bhega, il Mitakshara, e il Daya Krama Sangraha, citano tutti il seguente testo, attribuito a Manou: *se il defunto non ha discendenti maschi nè parenti prossimi, eredita il maestro e, se questi non c'è, il discepolo.* — Anche i membri dei conventi religiosi si chiamano *fratelli.* — I libri sacri indiani furono pubblicati dal Max Müller.

furono pei Celti del continente quello che i *Brehons* per i Celti dell' Irlanda, cioè una classe di sacerdoti che a poco a poco si assunsero nella religione e nel diritto le funzioni, che in origine in tutta la razza ariana avea il re: erano divisi in famiglie, che credevano essere di sangue reale,[29] e Cormac Macairt cui la tradizione attribuisce il libro di Aicill era un re in ritiro, perchè aveva perduto un occhio. Lo stesso fenomeno si trova nell' antica Roma: dopo un primo periodo ove *omnia manu a regibus gubernabantur* la tradizione dice che *actiones apud collegium pontificum erant* (D. I, 2, 2, 1 e 6): il collegio dei sacerdoti era un ufficio di consultazioni per le cause private,[30] conservava il calendario e le formule delle legis actiones, ne avea la *interpretandi scientia,* e come dice Livio (IX 46) *ius civile repositum erat in penetralibus pontificum.*

L' azione della classe sacerdotale sopra il diritto fu in origine molto semplice: si trattava di *conservare* quelle prime norme che una lunga esperienza dei vecchi avea consigliato, o che la consuetudine avea messo in pratica, o che i re e i padri e i capi della tribù aveano ordinato.[31] Quest' opera di conservazione fu in

---

[29] Maine *Inst. Prim.* p. 49.

[30] Veggasi lo stupendo § 22 dell'*Esprit* dell'Ihering. Sulla *iurisdictio pontificalis* si consulti Muirhead *Histor. Introd.* p. 221.

[31] Nelle società primitive dei popoli ariani il padre nella famiglia e il re nella città sono sacerdoti. Molti testi greci (Arist. *Pol.* VI 5, 11; Dion. d'Alicarn. II 65) mostrano che il re compieva sagrifizii ed era pontefice massimo. La tradizione romana (Cic. *de nat. Deor.* III 2; *de Div.* I 48; Ovid. *Fast.* VI 375) mostra che Romolo e Numa si occupavano di religione, e Servius (*ad Æn.* III 268) dice: *maiorum hæc erat consuetudo ut rex esset etiam sacerdos et pontifex.* Veggasi sull'autorità religiosa del re il Fustel de Coulanges *La cité* libro 3 capo 9. — In seguito il re delega i suoi poteri ad altri, e Numa (Liv. I 20) istituì i flamini: queste persone delegate in alcuni luoghi sono parenti del re, o una famiglia nobile, o i più vecchi. L' origine del sacerdozio adunque dipende dal fatto costante

seguito facilissima, perchè l' uso della scrittura supplì agli sforzi della memoria; ma in quel periodo ch' ebbero tutti i popoli, nel quale lo scrivere non era conosciuto, le norme sociali erano conservate in forme verbali atte a ricordarsi presto. E due spedienti si trovano usati: o gli aforismi e i proverbii, o i versi. La sapienza popolare condensata in proverbii è tanto maggiore quanto il popolo è meno civile: nelle XII Tavole dei Romani si trovano delle regole che evidentemente erano vecchi aforismi, facili a impararsi a memoria, come *uti legassit ita ius esto* o *uti nuncupassit ita ius esto*. Nel medio evo la scuola medica di Salerno avea formato un vero arsenale di queste regole memnoniche, come *contra vim mortis non est medicamen in hortis*: ed anche oggi nei nostri tribunali questi ditterii acusticamente grati sono la consolazione e l'orgoglio del branco dei legulei ignoranti. Quanto ai versi è noto che gli antichi libri giuridici erano spesso in rime, e il poeta è legista: presso gli Indiani il libro di Manou è tutto in versi; presso gli antichi Irlandesi molta parte del Senchus Mor è pure in versi (Maine *Inst. Prim.* p. 21), e Cesare dice che nelle scuole dei Celti (*de bell. gall.* VI 13 e 14) i giovani imparavano a memoria una grande quantità di poesie religiose, senza mai scriverle. Il Grote (*History of Greece* III 119) dice: *le nozioni acquistate come le produzioni dell' intelligenza, per quanto semplici, da prima non si piegano alle strettoie dei punti o punti e virgole, ma*

---

che quando aumenta il territorio di un capo le faccende si accumulano in modo, da render necessario l'impiego di assistenti. Questa spiegazione ha con sè l'autorità dello Spencer (*Istituz. Ecclesiast.* 1886 capo VI) e del Fustel de Coulanges, il quale dice (l. c.): *il sacerdozio non fu che una specie di emanazione del primitivo potere regio.* — Sul rapporto tra il re e la primitiva amministrazione della giustizia veggasi Maine *Études* p. 214 e seguenti.

a quelle dell'esametro e del pentametro. Di questi due spedienti quale è più antico? gli aforismi o i versi? Non è possibile dirlo in modo assoluto; il Max Müller ha mostrato che nell'India i libri di diritto sanscrito scritti in aforismi prosaici sono più antichi che quelli in poesia. Certo è che ogni popolo antico ebbe un patrimonio di norme e preghiere in versi e canti, che conservava e recitava con scrupolosa esattezza; non si potea mutare nè le parole nè la cantilena della voce: Cicerone (*de leg.* II XV) dice che le città greche curavano di *antiquum vocum servare modum,* e Quintiliano (I 11) dice che i *carmina saliorum* non erano più capiti dai sacerdoti ma che *mutari vetat religio.*

Conosciuta la scrittura, tutte queste tradizioni e i rituali religiosi e giuridici furono consegnati a libri sacri, dei quali l'uso si trova presso tutti gli antichi popoli ariani:[32] ognuno di essi avea i suoi libri venerati, che custodivano i sacerdoti con esclusione di tutti i cittadini, ed erano un culto agli Dei protettori della città. Così pure al collegio dei pontefici spettava di fare il calendario, che avea tanta importanza per le feste religiose e i giorni di giudizio, ma che *pauci sciebant.*[33]

Alla *conservazione* del diritto successe man mano una funzione più importante, quella cioè di accrescerlo e applicarlo. I sacerdoti infatti in quasi tutti i luoghi furono spesso i giudici delle private contese: perfezionarono inoltre e accrebbero esageratamente la parte for-

---

[32] Pausanias IV 27; Valer. Max. I 1, 3; Varr. *l. l.* 16; Festus, sub voce *rituales.* Per l'India veggansi le opere citate del Max Müller e del Maine. — In genere, Fustel de Coulanges *La cité* libro III capo VIII sopra *les rituels et les annales.*

[33] Cic. *pro Mur.* II 25. Veggasi Hartmann *Röm. Gerichtsverf.* 1886 p. 23 nota 23. Sul calendario leggasi pure Fustel de Coulanges *La cité* III VII.

male degli atti giuridici, cioè i riti e le cerimonie per i matrimonii (confarreatio), i processi (legis actio), i testamenti (testamentum calatis comitiis), i contratti (sponsiones ad aram), e i rapporti internazionali (fetiales). Ad essi è pur dovuto un lavorio di tecnica o architettonica giuridica che si trova in tutti i diritti antichi, cioè una elaborazione di regole scolastiche e strettamente giuridiche, come *bis de eadem re ne sit actio* o *idem testato et intestato decedere non potest* e simili; è anzi notevole che queste regole erano in genere comuni al diritto e alla religione, e se ne hanno molti esempii: come ogni *actio* conteneva una sola pretesa, così un tempio non poteva essere dedicato che a una sola divinità;[34] come il testamento dovea farsi tutto in un sol giorno, così anche gli auspici;[35] altrettanto è a dirsi dellè norme sul *votum* parallele a quelle sui contratti, e di molte altre, così che può affermarsi che i pontefici ebbero una vera giurisprudenza.

Ma dopo che la classe sacerdotale ebbe per qualche generazione il monopolio del diritto, il formalismo crebbe tanto e tutto fu circondato da tale mistero che ne venne un inciampo al progresso. Nelle caste religiose fu sempre la tendenza, come del resto in qualunque classe organicamente costituita, di escludere i profani dalla conoscenza delle cose loro affidate, circondarle di riti complicati, e aumentarne le difficoltà per rendere necessaria la propria opera. La tradizione romana raccontava che fu un certo Flavio il quale rubò ai pontefici il libro contenente le *legis actiones* e lo consegnò al popolo,[36] e che prima di Tiberio Coruncanio si voleva *retinere ius civile in* LATENTI.[37] Dove questo stato

---

[34] Liv. XXVII 25. [35] Gell. III 2, 10.

[36] D. I, 2, 2, 7: SUBREPTUM *librum populo tradidit.* — Liv. IX 46; Cic. *p. Mur.* 11; Val. Max. II 5, 2.

[37] D. I, 2, 2, 35.

di cose durò, e sempre più si spensero le fonti vive del diritto concentrato tutto nei libri delle scuole sacerdotali, fu impossibile qualunque progresso, come avvenne nell'India e nell'Irlanda: in questi due luoghi la classe dei dotti religiosi si arrogò il monopolio delle norme giuridiche, creando un insieme di interpretazioni formali sui vecchi testi. Invece a Roma la giurisprudenza divenne in tempo opportuno *civile* cioè *civium*, i sacerdoti cessarono di essere giuristi, e il diritto si separò dalla religione. Come ciò sia accaduto non appartiene alla filosofia investigare: vi contribuirono l'opera dei pretori, la pubblicità dei giudizii, l'importanza dei plebei, la politica libertà della costituzione dello stato e anche i commerci coi peregrini. Certo è che il passare la giurisprudenza dai sacerdoti a tutti i cittadini, da una casta ereditaria a persone che vi si davano per libera elezione è uno stadio ulteriore di evoluzione.[38]

L'epoca dei *giuristi* diversi dai sacerdoti è delle più importanti per il progresso del diritto: le consuetudini sono una fonte grezza che dev'essere elaborata e interpretata; il codice col tempo impaccia la via; le leggi nelle società antiche non usano supplire ai nuovi bisogni; è adunque necessario che i giuristi prestino la loro opera, e il mondo romano mostra che dalle XII Tavole a Teodosio fu dovuto a loro il crescere mirabile di quel diritto, sia col mezzo dell'editto pretorio, sia con i responsi, sia con l'insegnamento, sia con i trattati scientifici. E per molto tempo i giuristi furono, anche legalmente parlando, una vera *fonte giuridica*, mentre cessarono di esserlo in seguito e non

[38] Dopo i sacerdoti la giurisprudenza fu coltivata dai nobili, ma non più come casta e in famiglie determinate. È significativo il rimprovero fatto a Servio Sulpicio: *turpe esse patricio et nobili.... ius in quo versaretur ignorare* (D. I, 2, 2, 43).

lo sono più oggi; i Romani dissero che le loro interpretazioni facevano *ius* e più precisamente *ius civile*,[39] e Gaio dice che gli antichi giureconsulti *iura condiderunt*.[40] Presso questo popolo la giurisprudenza ebbe anche più la qualità di fonte diretta quando gli imperatori istituirono l'*ius respondendi* vincolante il giudice, o quando Teodosio[41] fece di cinque giureconsulti morti un tribunale vivente presieduto da Papiniano dando valor di legge alle loro opere; ma prescindendo da questi fatti speciali ad un certo popolo, si trova a tutti comune un periodo nel quale, insufficienti le consuetudini e i codici, prementi i nuovi bisogni, non conosciuta la possibilità come è oggi di soddisfarli subito con continue leggi, l'opera dei giuristi fu una vera fonte giuridica. Ma quando il patrimonio delle norme giuridiche si è in questo modo fatto grande, e in ispecie pel diritto privato non si tratta più di *creare* ma di *interpretare*, allora i giuristi si limitano a questa seconda funzione: tanto più oggi che i consessi pubblici rappresentanti il popolo sono sempre pronti (e lo sono anche troppo) a fare nuove leggi per provvedere alle nuove necessità, e perciò la giurisprudenza e la scienza non sono più una fonte legale di diritto. La loro opera è mutata, ma non diminuita di importanza.

Il campo principale dei giuristi è la *tecnica giuridica*: essi inoltre interpretano i bisogni del popolo, perfezionano le forme degli atti, formulano le poche consuetudini sorgenti, preparano le future riforme, ma tutto questo è un lavoro secondario rispetto alla tecnica giuridica, cioè il coordinamento delle varie norme, la trattazione dei varii istituti, l'interpretazione delle leggi applicandole ad un numero immenso di casi ipotetici

---

[39] D. I, 2, 2, 5.
[40] Gaio IV 30.
[41] Cod. Theod. I, 4, 43.

ma possibili. Tutto quello che si legge nei molti trattati scientifici che si pubblicano ogni giorno, è tecnica giuridica; tutto quello che si raccoglie di massime e sentenze nei Repertorii, è tecnica giuridica; tutto quello che si insegna nelle università è tecnica giuridica. Prendasi la più semplice fattispecie e si vedrà che non c'è nel codice una disposizione per risolverla: la si presenti a un uomo di mondo e di buon senso e poi ad un giurista, e metà delle volte il primo sbaglierà nel suo parere: si dica al popolo non dotto che la sentenza contro uno non vale contro un altro sebbene la questione sia la stessa, o che non si può fare un testamento a voce senza altre formalità, e si vedrà ch'egli rimane meravigliato di queste regole, tanto sono *tecniche* e lontane dal pensiero comune. (Veggasene un esempio in Seneca *de ben.* VI 5 il quale ride della differenza tra hereditas e res hereditariæ.) Per quanto si perfezioni l'arte di fare i codici, e vi si pongano dentro tutte le immaginabili disposizioni, pure l'opera del giurista è sempre indispensabile: la parte maggiore del diritto non si può *leggere* in breviarii o in codici, ma è scienza tecnica che per conoscere bisogna farne l'occupazione della propria vita. E questo diventa chiaro a chiunque prenda a considerare la procedura: l'influenza e l'importanza dei giuristi nel sapere la parte procedurale è tale, che qui vi è addirittura un abisso tra il giureconsulto e l'uomo di mondo. Esso giureconsulto ebbe nei varii tempi altri ufficii, fu cioè giudice o reggitore della cosa pubblica o avvocato e oratore; ma il vero, essenziale, imperituro suo ufficio fu ed è quello di interpretare il diritto, indicare cioè le norme da applicarsi alle controversie della vita.

In alcuni tempi e in alcuni luoghi i giuristi ebbero più importanza che in altri, e ciò dipese da tante congiunture estrinseche che appartiene alla storia sociale

l'enumerarle. A Roma, come i Bramini dell'India e in parte i Brehons dell'Irlanda, l'attività del giurista non si limitava solo a dare responsi, insegnare il diritto, curare la redazione dei contratti o testamenti,[42] ma anche concerneva la vita più intima della famiglia, perchè lo si consultava *de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio aut negotio.*[43] Oggi è rimasto qualche cosa di simile, ma in senso peggiore: gli avvocati fanno talvolta da bassi legulei e tal altra si occupano di affari, mutui, locazioni, e simili negozii: è evidente che non sono questi i giureconsulti che hanno l'alta funzione di elaborare il diritto.

Al giurista non è neppure essenziale la qualità di perorator della causa in tribunale: nel mondo romano erano due cose molto distinte. Cicerone dice che quelli che non potevano riuscire oratori perchè non aveano ardimento prontezza e forza si davano allo studio del diritto;[44] Servio Sulpicio mentre avea *primum locum in causis orandis* non arrivò a capire un responso di Quinto Mucio, tanto che vergognatosene si pose a studiare (D. I, 2, 2, 43); il giurista Gallo quando il consulente lo interrogava sopra prove e altre astuzie di foro, diceva *nihil ad nos* e poi lo mandava *ad Ciceronem id est ad rhetorem* (Boezio *in Topiche ciceroniane* X 11, 50). Nei nostri tempi e nelle società moderne al disbrigo delle faccende forensi c'è una classe di persone, cioè i procuratori: non è male che il giurista prenda parte come avvocato alle cause, per le

---

[42] Fondandosi sopra Cic. *p. Mur.* 9 qualcuno ha voluto distinguere tutta l'attività del giurista in *respondere, scribere, cavere.* Ma è una teoria senza valore, come mostrò l'Ihering *Esprit* III § 47 nota 96.

[43] Cic. *de orat.* III 33. — L'Ihering (*Esprit* III. p. 103) dice che egli avea la posizione che spesso ha da noi il confessore.

[44] Cic. *p. Mur.* 13.

questioni più difficili e per la orazione davanti ai giudici. Ciò servirà a temperare con la pratica le astrattezze degli studiosi, e mantenere in una nazione lo splendore dell' eloquenza, che pur troppo va decadendo.

L'opera dei giuristi però ebbe in ogni tempo la tendenza ad esagerare: la tecnica giuridica spesso si converte in sottigliezza formalismo e pedanteria, e un po' di scolasticismo fa capolino non di rado. In alcuni secoli ciò avvenne di più, e in altri di meno, ma in genere alla scienza giuridica è innato il peccato originale di spingere teorie ed interpretazioni al di là del vero. Nell' India le teorie dei Bramini finirono per scostarsi talmente dalla vita, che furono la causa precipua che impedì il progresso: a Roma si trovano dagli scrittori fatti frequenti rimproveri alla *nimia subtilitas*. In tutto il medio evo la scolastica giuridica pervenne ad esagerazioni ridicole, ed anche oggi la smania di estrarre dialetticamente troppe e lontane conseguenze da un principio è fonte di molti errori. Con un fondo di verità dice l' HEGEL (*Filosofia del diritto* § 215): la casta dei giuristi che possiede una conoscenza speciale delle leggi, crede spesso di averne il monopolio.[45] A ciò si aggiunge la facilità della giurisprudenza a sentire il riverbero dei sistemi filosofici dominanti, e si potrebbe dai Romani[46] ai tempi nostri mostrare quante teorie e

---

[45] È per ciò che quando in un popolo l' *unica* fonte giuridica sono i giuristi, come in India, il diritto stesso finisce per avvizzire: è necessario che il formalismo giurisprudenziale sia temperato da fonti vive, come le leggi e le consuetudini. I giureconsulti romani erano spesso stati anche pretori, e ciò mantenne fresco il loro senno e senso pratico. Si vegga il trattatello del Muratori sopra *i difetti della giurisprudenza.*

[46] Lo *stoicismo* greco portato a Roma non influì molto sopra la *sostanza* del diritto, ma sopra alcuni concetti, come le definizioni, la natura delle cose complesse che *continentur uno spiritu*, e principalmente sopra il linguaggio giuridico e l' etimologia delle parole. Veg-

tendenze del diritto sono il riflesso della filosofia che è di moda. Felici quei giuristi che possono esclamare: *veram philosophiam non simulatam affectantes!* (D. I, 1, 1, 2).

La classe dei giuristi ha per iscopo l'elaborazione delle norme giuridiche, o interpretando quelle scritte nelle leggi, o formulando quelle che per contrapposto si dicono derivare dai *principii generali del diritto*, cioè dai giuristi stessi, o con la scienza preparando le riforme. Una certa scuola che si appoggia sull'autorità del Laurent vorrebbe restringere l'opera della giurisprudenza al solo commento del codice: del che non c'è da stupirsi, perchè ogni grande libro (come le XII Tavole o Aristotile o la Bibbia o i codici moderni) ebbe il periodo dei glossatori, ma gli segue fortunatamente un altro periodo di risveglio spontaneo e di *libera* investigazione.

I giureconsulti ebbero presso ogni popolo grande importanza e perciò grande estimazione, ma l'ebbero tanto maggiore quanto più quel popolo avea tendenza al diritto. Appunto per i Romani il diritto fu quello che la religione per gli Ebrei o l'arte per i Greci: Roma cacciò gli artisti, chiuse le porte ai filosofi, tollerò i sacerdoti, ma onorò con popolare favore i giureconsulti, *sacerdotes iustitiæ*, e pomposamente chiamò la giurisprudenza *rerum divinarum atque humanarum notitia, iusti atque iniusti scientia* (D. I, 2, 10, 2), e i suoi cultori *oraculum totius civitatis* (Cic. *de orat.* I 45).

§ 5. — Relazione tra il diritto e la società.

Quelle filosofie che consideravano il diritto come una norma innata all'uomo o come un complesso di *dicta-*

---

gasi in questo senso nel fascicolo di gennaio 1887 della *Law Quarterly Review* un articolo di Emerton sopra la *stoic terminology in roman law.*

mina rectæ rationis non sentivano il bisogno di collegarlo intimamente con la società. Ma l'osservazione storica, che è a dire l'osservazione dei fatti, presenta il fenomeno giuridico come uno di quelli che insieme alla morale e alla religione regolano la condotta sociale, e perciò non può concepirlo che in unione alla società stessa. Il quale ligame è così stretto che si deve pervenire a dimostrare che le norme di diritto ch'ebbe un certo popolo in un certo luogo e in un certo tempo, formano *consensus* con tutte le altre manifestazioni varie della attività di esso: nulla vi è di sproporzionato nella vita sociale, e le sue condizioni economiche, fisiche, politiche, morali, religiose, scientifiche e giuridiche si corrispondono tutte mirabilmente con un reciproco riverbero dell'une su le altre. Una momentanea invasione o conquista armata può turbare questa proporzione, ma col tempo viene un tale adattamento che l'equilibrio è ricostituito. La scuola storica tedesca ha avuto il merito di formulare bene questa verità, della quale però sparse intuizioni si trovano anche nei più antichi scrittori greci e romani; ma nel concetto del *diritto nazionale* è andata tanto oltre, da esagerarlo e cadere in errori. È stata cioè impotente a rispondere alla obbiezione che nel diritto e anche più nella morale si trovano alcune norme non mai mutate, ed accettate da popoli per indole e civiltà diversi. Dire che il diritto ha la sua fisonomia simile a quella della società cui serve, è dire una cosa vera, ma con una forma che può nascondere la realtà della vita: se invece si dice che ogni norma giuridica è il resultamento di una data condizione di fatto, potendo avvenire che due popoli diversi abbiano comuni alcuni rapporti sociali, ne viene che essi abbiano pure comuni alcune norme giuridiche e morali. Sicchè il trovarsi presso tutti l'esistenza di certi principii come la punizione del furto e dell'omi-

cidio, non prova che vi sieno norme innate, ma dipende dal trovarsi in ogni società il rapporto di proprietà sui beni o il bisogno di non distruggersi a vicenda. E questo fenomeno di *costanza giuridica* più che nel diritto pubblico, che è più mutabile, appare nel privato: se infatti si considerano i diritti dei popoli dell'Europa dal tempo dei Romani ad oggi si vede che in mezzo alle numerose diversità sono alcune regole fisse, come quelle su la proprietà o sul contratto di vendita o su la monogamia nel matrimonio, e simili altre: del che la causa è che tutti quei popoli sono diversi l'uno dall'altro, ma uguali nell'avere alcuni rapporti fondamentali, e che presso ognuno di essi è conosciuta la proprietà individuale, alla permuta si è sostituita la vendita in moneta, e non vi è ammessa la poliandria. È questa comunanza di rapporti di fatto che permette che uno stato si approprii le norme di un altro, ed è pur questa comunanza che spiega come il diritto romano abbia potuto essere accettato per alcune sue parti in tutta l'Europa.

Il rapporto intimo tra il diritto e la società si vede meglio nei popoli primitivi che nei civili, imperocchè le società evolute hanno da un lato una fisonomia sempre più distinta, e da un altro cresce la quantità di condizioni comuni e la identità di assettamento sociale.[47] E sarebbe ancor meglio potere in questo studio comparato osservare due popoli di razza diversa, imperocchè la simiglianza delle norme giuridiche e morali per grande parte dipende pure dalla simiglianza nei caratteri etnici e perciò psicologici ed economici dei popoli di ugual razza, come è nella *ariana* ove l'idea di un'antica comune sede ed origine può solo spiegare la

---

[47] È quella legge che lo Spencer con parole barbare formula così concomitanza della differenziazione e generalizzazione.

sorprendente identità di istituzioni che si trovano presso i Greci, i Latini, gli Etruschi, i Romani, gli Indiani, e i Celti del continente e dell'Irlanda.

La corrispondenza tra i fenomeni giuridici e sociali può studiarsi da varii aspetti, avvertendo però che questa divisione fatta per comodo didattico attenua di non poco la forza della prova, perchè il complesso di tutti i fenomeni presi assieme aumenta la sua influenza sul diritto. In ogni analisi si perde sempre qualche cosa, cioè l'effetto della sintesi.

I. **Condizioni sociali generali.** — Se è possibile dividere una evoluzione organica completa in alcuni grandi periodi o stadii, si può dire che il diritto e la società si trovano sempre in un medesimo stadio di evoluzione. Quando il popolo non è ancora costituito in poteri pubblici, e tutto al più vi è la famiglia e l'autorità del re, le norme giuridiche non hanno che queste due fonti, e la maggior parte delle reciproche pretese è realizzata con la *forza privata.* Siccome ogni nuovo periodo di progresso mantiene gli avanzi del precedente, come le nuove foglioline crescono all'ombra delle antiche appassite, così il periodo della forza privata (individuale e collettiva) è dimostrato dalle traccie che si trovano anche in tempi più civili. Il diritto romano e il germanico ne offrono esempii stupendi: l'origine della proprietà dalla occupatio, la radice MAN (prendere) nella manus mancipatio e parole derivate, l'istituto della usucapio, l'azione chiamata vindicatio (vim dicare), tutto il rituale della procedura detto poi *vis festucaria,* l'utilità dei testimoni o aiuti fisici, la pignoris capio, la manus iniectio, la vendetta, l'*hasta* come signum iusti dominii, la faida, il duello giudiziario,[48] la *noxa* o impossessamento dell'animale danneggiante,

---

[48] Che in Inghilterra fu legalmente abolito solo nel 1820.

l' occupazione dei beni del debitore presso i Celti, e la pignoratio delle leges barbarorum.[49] Man mano che in una società si organizzano i poteri pubblici e si forma lo stato, anche il diritto esce dalla famiglia e dai costumi per entrare nelle leggi e nei comizii: si stacca dalla morale e dalla religione, e sorgono giudici e tribunali. Il carattere dell' evoluzione sociale è passare dal comunismo all' individuo, e così le norme giuridiche tengono la stessa via: si origina la proprietà individuale, e subito il diritto prende a regolarla; si fortifica la famiglia monogamica, e in corrispondenza è plasmata la parte giuridica del matrimonio; dall' agricoltura si spande l' attività nei commerci, e man mano si sviluppa il diritto commerciale. La società è fiorente, e fiorisce il diritto; decade la società, e il diritto precipita nella decadenza.

Fissare distinzioni più precise e particolari non è possibile: tanto meno poi dividere la civiltà in determinati periodi. Qualcuno ha tentato di fissare l' epoca teologica, la metafisica, la storica, la cristiana e altre consimili, ma sono teorie o ideali o formali, e sempre senza contenuto e senza verità. Questa smania dello spirito umano di classificare tutte le stazioni percorse dal progresso si è presentata più volte negli scrittori, ma esso progresso non si presta a misure geometriche.

II. **Condizioni morali.** — Il rapporto tra il diritto e i costumi di un popolo è dimostrato dalla natura stessa del fenomeno giuridico, il quale è una norma della condotta sociale. Anche a prescindere dall' epoca primitiva che confonde diritto e morale, e anche a considerare il periodo della loro separazione, è immensa l' influenza dell' una su l' altro. Nelle azioni di buona

---

[49] Per la pignoris capio dei Celti irlandesi e degli Indiani veggasi Maine *Inst. Prim.* capo X.

fede, negli effetti del dolo e della violenza, nel divieto dell'incesto e dei contratti immorali, nelle regole sul concubinato, sul lusso, su le usure, sull'infamia e nelle norme sui testamenti e possessi di buona fede e simili, è facile scorgere che la base di quelle disposizioni sta nei sentimenti e nei fenomeni psicologici del popolo. Il modo col quale il diritto è sentito e rispettato da una società non dipende dal diritto stesso, ma dal sentire comune; che le leggi debbano essere fondate nei costumi è un vecchio assioma, il quale scientificamente si traduce nei rapporti tra il diritto e la morale. Da un altro aspetto è possibile fissare una legge anche più importante, che cioè il sorgere d'una norma giuridica in un popolo primitivo significa un rallentamento nei costumi e una maggior frequenza di violazioni. Chi considera lo sviluppo del diritto romano vede che alcuni istituti che necessariamente ogni società ha avuto passarono relativamente tardi nel campo giuridico. Così appena ai tempi di Plauto è riconosciuto il contratto di vendita, e anche più tardi quello di permuta: forse che prima non si vendeva e non si permutava? Anche prima facevasi l'una cosa e l'altra, ma i contratti erano rispettati dai vincoli della coscienza pubblica, e i costumi aveano ancora tale forza su l'individuo da non essere necessaria la forza coattiva dello Stato. Quando si sente il bisogno di sostituire alla mancante forza morale la forza dei tribunali, allora la norma *morale* diventa *giuridica*. Lo stesso avvenne nella famiglia: man mano che essa perde autorità sopra i suoi membri, il padre cessa di essere sacerdote, legislatore, giudice, e le sue potestà passano nello stato il quale eleva a diritto i precetti consuetudinarii.

III. **Condizioni territoriali.** — Non si tratta qui di mostrare l'influenza sul diritto delle condizioni di luogo e di clima, perchè questa verità era contestata ai tempi

del Montesquieu, ma ora è ammessa da tutti, pur d'intenderla con prudenza. Quali però sono queste influenze? ecco il nuovo problema non ancora risoluto, e che non riguarda il filosofo, ma è di competenza della sociologia, la quale ha già raccolto molte notizie, che sono bene esposte nell'opera dello Spencer. La esistenza del fatto in genere è però provata da molte osservazioni storiche, e diventa un'altra prova del rapporto tra il diritto e la società. Vi appartiene pure la parte di usi e norme che in un popolo porta una grande invasione di forestieri: essi trovano una naturale resistenza, e da questa lotta viene fuori un reciproco adattamento. Così fu quando i peregrini andarono nell'antica Roma, e più tardi i popoli germanici in Italia. Teoricamente sembra che a tutto ciò abbia fatto eccezione il periodo delle *professiones iuris* indicanti la personalità del diritto e permettenti di assumere a capriccio un insieme di norme, quasi fossero una veste tagliata per tutti i corpi. Ma questa possibilità teorica era nel fatto limitata dai costumi: e poi si trattava di diritti già sviluppati, i quali si erano formati ciascuno a casa loro, cioè in un certo territorio e in certe condizioni etniche.

IV. **Condizioni psicologiche.** — Il diritto di un popolo riflette la parte maggiore dei suoi sentimenti. Le sue paure, i suoi pregiudizii, la sua austerità o la sua mollezza, il suo amore per la famiglia, tutto il suo animo getta riverbero sopra le norme giuridiche, e non solo per lo scienziato ma anche per il legislatore interessa ricercare la *base psicologica* del diritto. La materia successoria ne offre un esempio interessante: nell'antica Roma la volontà del padre di famiglia era tanto temuta e rispettata e violarla era un tale offendere il pubblico sentimento, che il testamento era venerato e si cercava di sostenerne la validità anche contro altri principii giuridici; il *favor testamentorum,* la dispu-

tata regola *nemo pro parte testatus et intestatus decedere potest,* l'*institutio ex certa re* hanno la loro base in un fenomeno psicologico del popolo romano. Presso i Germani invece la *famiglia* avea tale preponderanza sopra l'*individuo* che il testamento, rappresentante la volontà individuale, non era conosciuto, e l'unica successione ammessa era quella dei parenti: il quale concetto durò anche dopo, e il codice Napoleonico fu fatto sotto l'impero della massima popolare *Deus solus potest heredem facere, non homo.* Invece il nostro codice civile del 1865 si trovò in mezzo a sentimenti diversi da quelli: la rivoluzione francese avea prodotti i suoi effetti di afforzare (e anche troppo) l'individualismo, e in Italia il popolo vuole contemperati i diritti dei parenti coi poteri del proprietario, sì che il nostro sistema della libertà testamentaria limitata dalla porzione legittima è proprio lo specchio della nostra coscienza.

Anche nella questione del divorzio e della condizione giuridica delle donne ha molta parte la base psicologica. Il divorzio non può infatti ammettersi o negarsi con criterii strettamente giuridici: ammetterlo ricorrendo al concetto del contratto e alla regola che *omne potest dissolvi eodem modo quo colligatum est,* o negarlo perchè il matrimonio pare che abbia in natura la indissolubilità è portare la controversia sopra un terreno non proprio. Giuridicamente è indifferente che ci sia o no il divorzio; la domanda è invece questa: il popolo lo vuole? ai costumi di un certo stato ripugna? il comune sentire lo desidera o lo rigetta? Lo stesso è a dirsi di un'altra disputa anche più grave, cioè la condizione giuridica della donna: quali diritti pubblici debba esercitare non appartiene al diritto dire, ma alla volontà del popolo. È dunque una disputa non *giuridica* ma *psicologica,* oltre che sociale ed economica.

I sentimenti sociali hanno anche una grande parte nel *formalismo giuridico:* altre cause concorrono a crearlo nei popoli primitivi e farlo diminuire nei civili, ma c' entra pure la tendenza che una nazione può avere maggiore o minore per le forme. I rituali, le cerimonie, le pompe, le solennità famigliari e giuridiche e la forma degli atti sono manifestazioni diverse di un medesimo sentimento, che è il rispetto per il grandioso e per tutto quell' apparato esterno che colpisce la fantasia. Ogni popolo ha questo rispetto in grado diverso: i suoi sentimenti di questo genere influiscono adunque sopra la quantità delle forme nel diritto. E la base psicologica c' è pure nella *qualità* di esse forme: in ispecie nelle società primitive il significato dei gesti o delle parole solenni non è capriccioso, ma corrisponde a fenomeni intimi dell'animo umano: presso i popoli militari le cerimonie esprimono forza, presso i popoli famigliari le forme sono religiose e pacifiche, e quindi vi è una dose maggiore di aste sangue rapimenti o ostie sacrifizii preghiere secondo l' indole della nazione. Un esempio completo è fornito dall' antica Roma; i tre elementi che la componevano le diedero tre generi di idee, di forme e di norme: i Latini sono rappresentati dagli atti di forza privata; i Sabini dalla veste religiosa e patriarcale; gli Etruschi dall' estetica delle cerimonie e dall' architettonica delle regole.[50]

V. **Condizioni politiche.** — Basterebbero i rapporti tra il diritto privato ed il pubblico[51] per mostrare la relazione tra il fenomeno giuridico e la costituzione dello Stato; ma vi è di più la considerazione generale che gli ordinamenti politici dipendendo alla loro volta dal modo di essere della società, influiscono grandemente tanto sul diritto privato quanto sul pubblico.

---

[50] Muirhead *Hist. Introd.* p. 4. [51] Se ne tratta al § 9.

I diritti civili dei forestieri, la qualità delle fonti giuridiche come la legge e il regolamento, l'organismo del diritto procedurale, la pubblicità delle prove e dei giudizii, il riconoscimento legale delle società civili o commerciali, i reati contro lo stato, le basi della famiglia e dei contratti, sono tutte istituzioni le quali risentono influenza dall'ordinamento politico. È evidente che qui non si vuol parlare della forma di governo monarchica o repubblicana, ma della costituzione dei poteri dello stato e dei principii fondamentali sui quali è imperniato il popolo. Ne offre un esempio la storia delle *azioni popolari*, che nel loro concetto rappresentano il modo di fare rispettare alcuni diritti della comunità. Nel mondo romano ebbero una grande importanza, ma nelle società moderne caddero di uso perchè in ogni luogo la comunità ha un suo rappresentante legale, cioè il sindaco e i consigli municipali: quando adunque è stata rovinata una via pubblica o turbato qualche altro diritto comune, non è più necessario che ogni cittadino ne curi il rispetto, perchè c'è un organo apposito che ne ha l'incarico. Perciò non sono più riconosciute le azioni popolari; ma adesso si tenta di riammetterle in parte e per motivi differenti: gli studii sociali infatti mostrano che in alcuni casi l'interesse dei cittadini è così forte, che può non essere sufficiente tutela quella esercitata dall'autorità comunale, e allora si può concedere a *quisque de populo* un'azione popolare, la quale in ultimo effetto si riduca a svegliare l'attività municipale o centrale. In affari elettorali e di opere pie si propose l'esperimento di ciò; ma quello che qui importa notare è che la teoria giuridica delle azioni popolari dipende dal modo di concepire i rapporti tra i cittadini e le autorità tutrici.

VI. Condizioni intellettuali. — L'errore della scuola storica fu di non vedere nel diritto che una parte ma-

teriale esprimente la soddisfazione dei bisogni sociali, e trascurare un'altra parte che è la dialettica e tecnica giuridica. Una metà delle norme è sorta da necessità dirette, e un'altra metà dipende da costruzioni teoriche, illazioni di raziocinio, lavorio di logica e coordinamento scientifico. Ciò ammesso, è naturale che tutto il patrimonio delle idee di un popolo debba influire sopra il diritto · la costruzione giuridica dei varii istituti non può farsi con altri sussidii che la mente dei giuristi esistenti. Quando in una società l'idea del diritto è unita all'idea della famiglia, si vede che si riduce quasi tutto a parentela: adozione, patroni e liberti, baliatico.[52] Quando il popolo si eleva a concepire l'uomo come diverso dal cittadino, sorgono il rispetto alla persona, i rapporti internazionali civili. Un aspetto dell'influenza delle condizioni intellettuali sul diritto è l'influenza delle scienze attinenti, e la storia mostra che la medicina in ispecie l'ebbe grande: l'anno di pubertà, il tempo della gestazione per la legittimità, le teorie della vitalità e mostruosità, ed ora gli studii psico-fisici dei caratteri patologici dei delinquenti sono esempii di quello che si è affermato.

La filosofia poi dominante in un certo tempo, essendo la sintesi delle aspirazioni e credenze comuni, ha sempre gettato il suo riverbero, grandissimo nella parte sistematica della giurisprudenza, e non piccolo nelle disposizioni di natura pratica. Il che fa subito pensare allo *stoicismo* presso i Romani,[53] alle teorie teologiche

---

[52] Un quadro delle idee primitive può vedersi in Maine *Inst. Prim.* capo VIII.

[53] Nella *specificatio* i Proculiani sostenevano essere sempre proprietario lo specificante, cioè colui che avea fatto una cosa con materia altrui. L'importanza della *forma* era principio stoico, perchè la materia consideravasi uniforme. — La distinzione di Paolo (D. XLI, 3, 30) delle cose in quelle che consistono *uno spiritu* o *ex contingentibus* o *ex distantibus* è presa dalle teorie fisiche degli Stoici (Seneca, Epist., 102).

nel diritto canonico, alle filosofie astratte e al famoso *diritto naturale* dei secoli passati;[54] e anche il moderno positivismo modifica molte idee e penetra lentamente tra i giuristi e nelle leggi; e tanto più modificherà e penetrerà quanto più presto si finirà di esagerarlo.

A quest' ordine di fenomeni appartengono pure i molti legami che in un popolo sono tra la sua lingua e il suo diritto: le parole sono il corpo esterno dei pensieri e alla loro volta influiscono su questi stessi. La quale influenza ora è di impaccio e ora di aiuto al progresso: è di impaccio quando è scomparsa l' idea rappresentata da una parola mentre la parola perdura, e prima che lentamente si evolva il suo significato concorre a mantenere per forza d' inerzia ciò che sarebbe già naturalmente perito.[55] È poi di aiuto in quanto che spesso un certo concetto che incomincia a farsi presentire e che molto tardi si farebbe strada, può essere realizzato subito se si trova la frase nella quale renderlo concreto: nel diritto romano si vede che il merito di qualche grande giurista fu di escogitare bene una formola, per dare vita a una norma già desiderata.[56] L' importanza delle parole non solo per il diritto ma per tutta la vita è anche oggi grande e non esplorata, ma è immensa in una società primitiva, nella quale a certi suoni e a certe frasi è dato un valore misterioso: scherzosamente l' Ihering ha detto che si può prendere alla lettera *in principio erat verbum,* e questo concetto può vedersi pure nella affermazione di Cicerone *in omni iure civili verba ipsa tenuerunt* (pro Mur., XII). La filosofia Stoica diede una spiegazione fan-

---

[54] Maine, *Ancien Droit,* p. 70.

[55] La *manus* ne offre un esempio.

[56] Gallo Aquilio fu celebre per questa abilità: ***actio de dolo; postumi aquiliani; stipulatio aquiliana.***

tastica di questo fatto, dicendo che il suono delle parole è un incosciente dettato della ragione naturale, e che vi è un certo rapporto di adattamento fra la cosa e il suo nome; Origene (contra Celsum, I, 24) dice: οἰέται Ἀριστοτέλης θέσει εἶναι τὰ ὀνόματα..... νομίζουσιν οἱ ἀπὸ τῆς Στοᾶς φύσει.[57]

VII. **Condizioni religiose ed estetiche.** — La primitiva sede comune tra il diritto e la religione, il *fas* e l'*ius*, è un fatto messo in chiaro dalla scienza; ma anche quando una società pervenne presto a staccare una cosa dall'altra, le reciproche influenze continuarono ad essere non lievi. La parte che la teoria dei *sacra* ebbe nell'istituto successorio dei Romani fino ai primi secoli dell'impero ne è un esempio: la successione infatti e il matrimonio mantennero più lungamente le vestigia di concetti sacrali, mentre nella procedura e nei contratti e nella proprietà l'elemento *civile* trionfò più presto. Il medio evo tentò di riconnettere la religione col diritto, e per molti secoli l'*ius canonicum* ebbe vita. Nelle società moderne civili il progresso ha condotto le norme giuridiche ad una assoluta indipendenza dalle religiose, perchè non può crescere rigoglioso l'*ius* quando è inceppato nelle pastoie del *fas*. Se oggi c'è ancora in ciò un'influenza è anzi nel senso opposto, cioè si nega la esistenza di alcuni principii per timore che ci riconducano ad un passato temuto: così è nella controversia se enti non ancora

[57] Forse dagli Stoici passò nei giuristi romani lo studio delle parole e delle etimologie. Ne parla il Pernice, *Labeo*, I, p. 80. Emerton (*Law. Quart. Rev.*, gennaio 1887) dice che dalla etimologia di *possessio* da *pedis positio* Labeone dedusse poter due persone possedere la stessa cosa solo in quanto poteano occupare lo stesso posto; e che dalla etimologia di *furtum* da *auferendo* si trasse la norma non poter essere rubati gli immobili. Quintiliano (V, 14) diceva dei giuristi romani: *iurisconsultorum summus circa verborum proprietatem labor est.*

riconosciuti dallo stato possano essere nominati eredi, nella quale suolsi dire di no non tanto per ragioni giuridiche, quanto perchè non risorgano sotto altra forma le abolite corporazioni religiose. Qualunque sia l'avvenire della religione, e ammesso pure con lo Spencer che non possa scomparire ma trasformarsi nella venerazione di ciò che, per quanto la scienza progredisca, rimane di inconoscibile, è certo che le norme giuridiche di condotta sociale sono destinate a vivere del tutto separate dalla fede.

C'è un altro complesso di condizioni influenti sul diritto, le quali sono varie e non tutte definibili, e che si possono chiamare *estetiche* per indicare che hanno il carattere comune di concernere certe tendenze dello spirito umano e sociale verso il bello, il figurativo, l'armonico, l'architettonico e il simmetrico. Sono tendenze che i popoli hanno esplicato in varia guisa, e talvolta elevato persino a teoria come in Pitagora: nella simpatia per alcuni numeri detti perfetti e per il suono ritmico di alcune parole, nella poesia, nella musica, nella forma delle case delle coltivazioni agricole degli oggetti delle leggi degli abiti degli eserciti, e negli atti quotidiani della vita ogni società e ogni persona ha un certo gusto un certo indirizzo un certo ideale tacito e bello. Queste condizioni estetiche hanno avuto un'influenza nel diritto, difficilissima a trovarsi e non ancora bene studiata: influenza che talvolta[58] fu conosciuta dallo stesso legislatore, come da Adriano quando abolì il senato consulto Claudiano non solo *iniquitate rei* ma anche *inelegantia iuris motus* (Gai., I, 84). Fu già notato che suolsi attribuire agli Etruschi l'introduzione in Roma di cognizioni di architettura, e indirettamente l'ordinamento estetico delle norme giuridiche.

---

[58] Se ne parla al § 8.

In ogni sistema, anche in quello delle XII Tavole come in quelli complicati degli scrittori medioevali, c'è una parte ornamentale, ed il diritto ha avuto le sue linee classiche e il suo barocchismo. Le varie passioni o mode che caratterizzano i diversi tempi, come le glosse del secolo dodicesimo, o gli studii linguistici dell'umanesimo, o la scolastica dialettica medioevale, o il praticismo passato e presente, o le ricerche storiche dei giuristi di questo secolo, sono fenomeni fondati sopra molte cause, ma il gran numero dei seguaci è spesso mosso dal desiderio di fare una cosa bella e armonica.

VIII. **Condizioni economiche.** — Il diritto ha la sua base nei bisogni del popolo, e questi bisogni riguardano per massima parte l'uso e il possesso della ricchezza. Le regole giuridiche sulla proprietà dipendono dal sistema economico che è in uso, potendo essere i beni in comunione o in dominio privato: le servitù e i contratti di vendita e di locazione sono diversi secondo i varii metodi di coltivazione, e l'estensione dei fondi, e i rapporti tra proprietario e colono o padrone e operaio. Il mutuo e le altre obbligazioni di scambio subiscono alcune influenze dalla natura della circolazione del denaro in un dato popolo. Nel diritto commerciale è il massimo e nel diritto procedurale il minimo della potenza delle condizioni economiche, le quali non debbono mai essere trascurate, e le quali spesso spiegano alcune norme altrimenti inesplicabili. La quantità e importanza crescente delle leggi *industriali* e di quelle che si dicono *sociali* perchè tentano di calmare la così detta questione sociale, che nel fondo è una questione economica, mostrano ad evidenza il lato economico del diritto, che era negletto solo da quelle filosofie astratte che volevano dedurre tutto dai formali principii logici della ragione.

Può anzi dirsi che la natura economica di un po-

polo imprime una fisonomia speciale al suo diritto, e il diritto di una nazione agricola è diverso da quello di una nazione commerciante. Ne offrono esempii le leggi delle città medioevali presso il mare paragonate con quelle sui monti o in pianure dedite a coltivare i campi, e si confronti la Francia del Sud con quella del Nord prima del codice di Napoleone. La stessa Roma ebbe i due aspetti in tempi diversi; per molti secoli fu un popolo di agricoltori aventi per tipo Cincinnato che dal senato va all'aratro: la fede nei testimoni, il formalismo giuridico, il vivere *minimo contenti*, la devozione ai maiores, il rigore della famiglia, la ripugnanza alle innovazioni, sono qualità che non hanno i commercianti audaci. Dopo il secolo sesto anche Roma ebbe commerci, imprese industriali, operazioni bancarie, e allora è un altro spirito che anima quel diritto. A passare dalle XII Tavole agli editti pretorii dopo Cicerone si sente proprio un mutamento di atmosfera, dovuto non solo al progresso ma anche alla diversità *qualitativa* del popolo.

L'influenza economica nel diritto è adunque grande, ma non è la sola; trascurarla come fece l'idealismo passato è un errore, ma esagerarla come si fa ora è un errore non meno grave, come si dirà nel paragrafo seguente.

Questi varii fattori del fenomeno giuridico insegnano che tutte le attività del popolo, tanto quelle che si chiamano materiali quanto le morali e intellettuali, influiscono sul diritto, il quale perciò è essenzialmente *un fenomeno sociale.*[59] Che le norme giuridiche abbiano alla loro volta un'influenza sopra tutto il resto è un

---

[59] Per il diritto può tanto più ripetersi quello che Aristotile disse dell'uomo: φύσει πολιτικὸν ζῷον.

argomento che non interessa qui, e che d'altra parte è effetto di quel mirabile *consensus* che è fra tutti i fenomeni del mondo.

La questione se il diritto preesista alla società non è adunque neppure possibile: quei sistemi filosofici che supponevano uno stato di natura con diritti innati inalienabili, o pensavano le norme giuridiche essere dictamina rectæ rationis, non vedevano il legame intimo con la società stessa. Ma l'osservazione mostra che il diritto è una regola di condotta sociale, e che perciò non può concepirsi fuori dei consorzii umani.

§ 6. — **La parte logica del diritto.**[60]

Si è veduto che lo scopo delle norme giuridiche è soddisfare i bisogni della società, ma la loro formula ed il loro concatenamento sono l'effetto del lavorio della nostra mente, la quale tra esse norme cerca di porre un ligame sì da ridurle ad alcuni principii fondamentali. Una serie anche vastissima di regole staccate non giova alla vita: è necessario che sieno coordinate, formulate, e lontane più che è possibile dal caso singolo per servire a molti casi assieme, perchè solo così possono ricordarsi e applicarsi alle sempre varie e nuove controversie sorgenti nel commercio degli uomini. Or bene questo lavoro essenziale non lo fanno i bisogni materiali, nè le condizioni economiche, nè la spontanea coscienza popolare, ma la potenza mentale e logica dell'uomo.[61]

---

[60] Si vegga: nell'*Esprit* dell'Ihering il § 42 sopra *la tecnica del diritto* e il § 58 sopra *l'arte giuridica;* nella *Coutume Primitive* del Maine il capo XI sopra *la classificazione delle regole legali;* nella *Logique* del Bain il libro V capo VIII sopra *la logica delle scienze politiche;* nel *Diritto naturale* del Trendelenburg i §§ 71-83 sopra *il lato logico;* e nel Padelletti-Cogliolo, *Storia del dir. rom.* (1886), pag. 14, nota *r.*

[61] Applicazioni di questo concetto si trovano nei §§ 7, 9, 10, 11 e 12.

Creare il diritto col pensiero, come fece il *razionalismo*, o considerare tutto il diritto come un frutto spontaneo della vita esterna, come fece la *scuola storica* e fa il *falso positivismo* moderno, sono due tendenze opposte ma ugualmente esagerate: lo spiritualismo o il materialismo giuridico sono in pari modo fuori della verità, la quale concede nella formazione del diritto una parte ai bisogni pratici, ma riconosce un'altra parte al lavorio logico del pensiero umano. Anzi le forze dell'evoluzione giuridica nella storia sono sempre queste due: l'utilità immediata e la coerenza concettuale, il bisogno e la formula del suo soddisfacimento, la vita esterna ed il pensiero; e queste due forze combattono sempre, vincendo ora l'una ed ora l'altra, ed in questo perenne combattimento sta il progresso. Ne ha esempi chiari il diritto romano: spesso la tirannia di un principio e l'impossibilità di estenderlo ad altri fece tardare il soddisfacimento di un bisogno; spesso la prepotenza di questo bisogno diede uno strappo all'armonia logica; più spesso tra l'una e l'altra cosa avvenne una transazione per mezzo di simboli e di finzioni, come nelle *actiones utiles* e nelle *fictiones*. Quante volte il principio fu violato con la scusa dell'*utilitatis causa*; quante altre invece si tardò a soddisfare le nuove esigenze perchè non eravi un'azione, o perchè si diceva essere *contra tenorem iuris*.

E nel diritto romano l'armonia lottante di queste due forze è veramente mirabile: mano mano che i bisogni pratici trovano la norma corrispondente, queste norme si connettono e si organizzano in modo tra di loro, che l'edificio dei varii concetti diventa così praticamente logico da servire come tipo ai diritti futuri.[63]

---

[63] È questa un'altra causa dell'universalità del diritto romano. Veggasi sopra il § 5 in principio

La logica ha nel diritto una parte principale: il valore di un istituto, la sua estensione, l'interpretazione di una norma e la sua forza di elasticità dipendono dal precisare alcuni concetti, fissandoli e limitandoli.

Nella maggior parte delle quistioni di diritto privato puro è inutile ricorrere al bisogno pratico, cui si deve provvedere; questo bisogno non sempre è evidente, e molte volte il ricercare ciò che è *più utile* diventa meno facile del ricercare ciò che è *più giuridico;* altre volte il bisogno non ha alcuna influenza, perchè si tratta o di trovare la norma o di metterla in accordo con altre; nella maggior parte delle questioni adunque (e per la procedura in tutte) il giureconsulto deve fare la sua risoluzione con elementi che sien tratti dal lavorio logico sul diritto esistente, ma non mai deve lasciarsi muovere o da un bisogno che si affaccia o dall'equità del singolo caso a lui presentato. Una giustizia ideale dovrebbe risolvere ogni fattispecie con criterii proprii alla medesima; ma l'ideale è fuori della realtà, e nella realtà le norme giuridiche devono essere *generalmente* utili, e quindi possono in alcuni casi *particolari* essere dannose.

L'importanza della logica giuridica richiede una proprietà grande nel linguaggio:[63] a questo proposito è da deplorarsi un notevole decadimento nell'epoca presente, e in ispecie nel foro, imperocchè spesso il soverchio desiderio di chiarezza o di favore popolare fa dimenticare l'uso delle parole tecniche, le quali per massima parte dovrebbero essere latine.[64] Nella storia del diritto

---

[63] Per un parallelo tra l'evoluzione della lingua e l'evoluzione del diritto veggasi Gaudenzi *Arch. Giur.* XXXI p. 271. Molto più importante è ricercare la reciproca influenza della lingua e del diritto; non solo ebbero ambedue le stesse leggi evolutive, ma le evoluzioni di ambedue si influirono a vicenda.

[64] C'è un curioso libretto del Moschini intitolato *Saggio di lin-*

romano accade spesso di vedere come il felice ritrovamento di una parola abbia aperto il passo a molti concetti giuridici; come per contrario molte norme rimasero latenti e confuse per non avere un suono articolato distinto; come molti principii ebbero una vita ed una estensione maggiori in grazia del nome che li racchiudeva; come il significato materiale e linguistico di una parola fu talora l'unica fonte di regole o false o utili; come finalmente la formula semplice corta memnonica di una norma le diede tale vastità concettuale da farne un ditterio anche dannoso; imperocchè i ditterii giuridici, per avere una forma più generale del loro contenuto, tentano di essere applicati più estesamente di quello che dovrebbesi, avendo in sè stessi il peccato originale di violare quella legge dell'induzione logica, per la quale una verità non può dominare in un territorio più grande di quello dei fatti da cui fu indotta.[63]

§ 7. — Forme e formule giuridiche.

Il vecchio proverbio *forma dat esse rei* ha un'alta significazione filosofica, imperocchè le norme giuridiche hanno bisogno di essere espresse in una certa forma o verbale o scritta; da prima sarà la poesia che le esprime o un motto popolare, e più tardi un comando del giudice o una legge scritta sul legno o sul rame, e in fine una proposizione perfezionata dalla scienza, ma

---

gua legale, che mette in ridicolo i barbarismi forensi, e mostra che le stesse cose si potrebbero dire con parole classiche. La 2ª edizione fu stampata a Pavia nel 1832. Quello che in ispecie si dovrebbe rigorosamente osservare è il nome tradizionale delle diverse *azioni*.

[63] Nel diritto più che in ogni altra materia la sapienza si è fissata in un'enorme quantità di proverbii e *regulæ iuris*. La quale farragine da un lato aiuta la memoria, ma da un altro lato fa cadere nell'errore di dare a ogni regola una estensione troppo generale.

certo è che le regole della condotta sociale diventano certe e fisse quando sono rivestite di parole. La parola è il primo e più potente serbatoio della idea; e così è per il diritto.[66] Nelle società più antiche e barbare le prime cognizioni e le prime norme sono conservate religiosamente per paura di perdere questa originaria conquista dell' uomo sopra la civiltà, e la conservazione è fatta da un cumulo di gesti e di parole: ha detto bene lo Spencer che l' originario governo è quello che egli chiama *il cerimoniale*, cioè un insieme di forme, invocazioni, simboli, complimenti, atti ritmici e complicati. Più che un popolo progredisce, e più le funzioni sociali si compiono con organi semplici: oggi si comprende come il solo consenso possa creare un' obbligazione, e la sola volontà non visibilmente concretata creare diritti, ma quanto tempo e quanta evoluzione c' è voluto per arrivare a ciò!

Il formalismo investe tutte le istituzioni antiche, e perciò anche le giuridiche. Il popolo l' osserva rigorosamente, perchè sente che è una *fibra legale*, che cioè tiene unita tutta la compagine sociale, e conserva la poca civiltà conquistata: il gran pericolo delle società primitive è di slegarsi e dissolversi, e quindi tutto quello che le unisce è un modo di rendere possibile il progresso. Il rispetto per le tradizioni dei maggiori è il rispetto per le immense fatiche sopportate nella lotta dell' esistenza, e la religione contribuisce a conservare il rigore delle forme connettendole con la venerazione agli Dei. Ma il formalismo non solo *conserva*, ma anche rende visibile e palpabile la norma giuridica: un

---

[66] Veggasi nel Bain *La logique* il capitolo del volume I intitolato *Des mots*, e il capitolo del volume II intitolato *Noms généraux*; nell' Ihering *Esprit* I p. 129 sopra l'*Importance des mots*, e p. 156 seg. sopra *Le formalisme*; nel Muirhead *Histor. Introd.* p. 151. — È questo un punto trascurato dal Maine.

popolo primitivo deve avere innanzi agli occhi il diritto non come un insieme di *concetti* ma di *atti*. Che anzi può dirsi che in origine un certo fatto o una certa regola diventavano giuridici sol quando erano rivestiti di alcune forme. Ne offre un esempio stupendo la *mancipatio* dei Romani: i contratti i testamenti la proprietà creavano effetti di diritto specialmente quando erano posti in essere con la forma mancipatoria, e non erano essi istituti diversi, ma cose diverse che divenivano uguali nelle conseguenze, se loro si dava questa forma. Nell' antico mondo romano non vi erano istituti giuridici, ma c' erano forme giuridiche: qualunque cosa per sè sola non era diritto, e qualunque cosa lo diventava indossando quei dati simboli. La mancipatio non era un *istituto* giuridico, ma una *forma* giuridica; *si mancipium faciet uti lingua noncupassit ita ius esto:* qualunque fatto sociale con qualunque contenuto (uti lingua noncupassit) creava effetti giuridici (ita ius esto) non per la sua natura, ma se era posto in essere col libripende e i testimonii e la bilancia (si mancipium faciet). La omogeneità primitiva si estrinseca nella unicità della forma.

L' antico formalismo ha un altro immenso vantaggio nel rendere facile alla vita quotidiana il creare rapporti giuridici: quando è pronto e immutabile un certo stampo, non c' è che versarvi dentro la materia per avere l' oggetto. Ad un cittadino di una società non civile dovea essere difficile trovare il modo di fare testamento: per mezzo del formalismo egli non avea che ripetere quei certi atti e quelle certe parole, e il testamento era bell' e fatto.

Nel rispetto sorprendente dell' antichità per il formalismo concorre per massima parte il sentimento della sua necessità sociale: ogni popolo e ogni individuo ama incoscientemente quello che gli arreca van-

taggi. Ma vi concorre anche un fenomeno che i moderni dicono *riflesso,* cioè a dire prodotto non più da una utilità immediata, ma divenuto automatico per la sua costante ripetizione: e questo fenomeno è l'influenza psicologica che le forme esercitano sopra l'animo dell'uomo, in ispecie se è barbaro o giovane; vi è qualche cosa di misterioso nei simboli tradizionali, che si ha paura di violare, e che si rispetta come imposto da una forza superiore. E questi simboli non si cambiano: le parole prescritte sono ripetute senza variazioni, perchè si teme di mutarne l'effetto mutandone la forma. Gli antichi Greci erano persuasi che vi erano alcune formule così possenti da placare gli Dei, o commuoverli a concedere le cose domandate, che cioè anche gli Dei doveano piegare innanzi al potere di alcune parole mistiche.[67] È il concetto che si trova nell'istituto della preghiera che hanno tutti i popoli, e che Virgilio (*Æn.* III 437) esprime così:

> *Junonis magnæ primum* PRECE *numen adora;*
> *Junoni cane* VOTA *libens, dominamque potentem*
> *Supplicibus supera* DONIS.

E infatti in tutte le religioni si cerca di vincere (*superare*) gli Dei con le preghiere ridotte in formule fisse (*preces*), con le promesse (*vota*), e con i sagrifizii e i doni (*dona*).

Il formalismo giuridico (come pure il cerimoniale, il religioso e il sociale) si compone di due parti distinte: *atti* e *parole;* e di queste due parti è in origine maggiore quella degli atti, mentre oggi nelle forme rimaste hanno più importanza le parole parlate o scritte. Quanto agli atti formali, sono di tanti generi quanti sono i gesti e le cose che conosce una società antica:

---

[67] Fustel de Coulanges *La cité* libro III capo VI in fine.

mazzette (vindicta), aste, saluti, banchetti, sagrifizii, intreccio di mani (conserere manus), percosse, lancie, sangue, riti misteriosi, sguardi al cielo, toccare le orecchia (antestator) o i capelli (come nei funerali). A questo proposito è importantissima una legge evolutiva che si può indicare con le parole *simulata pro veris;* cioè man mano che il popolo progredisce fa subentrare agli atti veri gli atti simbolici: così il sagrifizio di buoi si muta in quello di agnelli, e questo in focaccie (confarreatio) e poi in ostie come nella religione cattolica; le lotte armate si convertono in vis festucaria, l'*hasta* in *vindicta;* le lancie insanguinate dei Feziali al campo nemico in riti simbolici innanzi al tempio di Bellona. Tutta la farragine di *simboli* che si trova in una certa epoca non avere più un significato, rappresenta fatti che prima avvennero davvero: dietro i miti c'è la storia, e dietro i simboli la realtà. Negli atti e nei simboli si verificano sempre due leggi costanti: anzi tutto che ogni popolo ha in questi atti espresso la sua indole, e un popolo guerriero gli ha diversi da uno agricoltore.[68] In secondo luogo si vede che la base d'ogni atto simbolico è stata in origine una utilità sociale o una credenza superstiziosa: il libripens dei Romani serviva a pesare il rame quando non si conosceva la moneta; i testimonii erano necessarii per aiutare con la loro forza fisica il contraente a chiedere quello, che gli era stato promesso; l'antestator che tocca loro le orecchia, tende a richiamare la loro attenzione; e invece la grande importanza del banchetto nelle cose antiche (funerali, matrimonio [confarreatio], contratti [sponsio da spondere, libare]) si spiega con l'antica credenza che nel mangiare e bere assieme avvenga una specie

[68] Nel diritto romano si trovano le forme religiose accanto a quelle indicanti forza: ciò si spiega etnicamente con la fusione dei Sabini e Latini.

di vincolamento reciproco, perchè si crede che vi intervengano pure i morti, cioè gli Dei. In tutti gli atti poi si vede il modo di sentire e di comprendere del popolo: nelle forme si specchia la sua psicologia: ora è la mano forte che lo colpisce, ora l'ossequio alla divinità, ora i fenomeni di natura, ora altro. Il formalismo delle parole sorge dopo quello degli atti, e perciò scompare anche più tardi: è già progredito quel popolo che lascia i gesti, e concreta la sua civiltà in parole sacramentali. La parola meglio che il gesto esplica tutti i vantaggi delle forme: si conserva più inalterata, e si presta meglio ad essere ripetuta; oltre a ciò la parola man mano si adatta meglio a rappresentare l'idea. Nel mondo romano da prima il diritto si concreta in atti, e le parole non sono fisse (UTI *lingua noncupassit*); ma poi cade la mancipatio testamentaria, e rimane il *Titius heres esto;* cade la mancipatio alienante i beni, e rimane il *meum esse ex iure Quiritium;* cade l'uso del bere nei contratti o il giuramento all'ara di Ercole, e rimane il *spondes-spondeo;* cade il rituale processuale delle *legis actiones*, e rimangono le *formulæ*.

Il formalismo delle parole ebbe una parte immensa nello sviluppo del diritto: trovata la formula, era trovato il modo di soddisfare un nuovo bisogno. Dalla parola sorge il diritto, dalla formula l'azione. E qui il rigore si mantenne più a lungo: anche in popoli progrediti, come i Romani dei tempi di Augusto o di Adriano, gli atti giuridici devono quasi tutti essere posti in essere con le parole *certæ et sollemnes*, perchè tutto il diritto riconosciuto è concretato e condensato in quelle determinate forme verbali.

In tutto questo formalismo si nota, come nel resto, un'evoluzione continua corrispondente alla evoluzione sociale e psicologica del popolo: la forma è un organo, e lo sviluppo degli organi procede *pari passu* con quello

delle funzioni. Ma qui più che altrove è forte la vis inertiæ, per la quale una forma vecchia continua a vivere anche quando il suo concetto è sparito: vive atrofiata e non compresa. In tutti i momenti della nostra vita quotidiana quanti atti si fanno per abitudine e senza scopo: ma un tempo questi atti hanno avuto la loro importanza. Così nel diritto: quando certe forme non furono più richieste dalle leggi, continuarono a vivere nell' uso; non ritenute necessarie neppure nell' uso, rimasero rimpicciolite in alcuni loro avanzi avvizziti. Le fiere del bestiame ne offrono ancora interessanti esempii: tutte le parole e i gesti e gli usi tradizionali dei contadini un tempo erano vere forme giuridiche. La forma è come la parola che a poco a poco muta di significato, ma nella sua radice mantiene la eco di un passato dimenticato: come l' etimologia è una miniera di concetti antichi, altrove non reperibili, così nelle forme e formule convenzionali può lo storico rintracciare antichi istituti giuridici. Raccogliere gli usi ancora viventi delle fiere e dei matrimonii nei varii luoghi, in ispecie agricoli e alpestri; esaminare certe formule notarili, oggi ridicole; sarebbe un modo di contribuire alla storia del diritto. Le radici delle parole e le forme atrofiate sono come carboni fossili, che hanno nascosta e concentrata la potenza di dare calore e luce.

Ma nella civiltà tutto ciò che è utile per un tempo diventa dannoso in uno più avanzato nel progresso; i grandi vantaggi del formalismo scompaiono lentamente, mano mano che il popolo si incivilisce, e si mutano in danni evidenti. La forma rigorosa diviene un inciampo al progredire: i nuovi concetti male si coartano nel rigore delle vesti antiche, e in ogni società non stazionaria viene un periodo nel quale si accende la lotta tra il passato e il presente, tra il formalismo e la larghezza di che si sente bisogno. Un consorzio umano ha da pri-

ma bisogno di non scompaginarsi, e allora gli stanno bene le dande, e gli fanno bene i rigori di forme fissate; ma diventato forte, ha bisogno di espandersi, e rompere i freni troppo stretti. In nessun popolo come nel romano questa lotta fu più visibile, lunga, e feconda: la saggezza dei giuristi seppe con *fictiones* e *actiones utiles* conciliare il vecchio col nuovo, innestando mirabilmente e durevolmente il nuovo sul vecchio. In altri popoli, come in molti dell'Asia, la forma sopraffece la sostanza; i nuovi bisogni furono assopiti; nelle pastoie delle formule religiose e giuridiche i semi del progresso imputridirono; e quei popoli rimasero fermi per secoli nello stesso stadio antico di evoluzione. E non solo i Romani seppero liberarsi a tempo del formalismo, quando non era più utile averlo; ma ebbero coscienza dei danni che arrecava, senza però capire i molti vantaggi che aveva arrecato: *iuris formulæ aucupationes sillabarum insidiantes* (Cod. II 58, 1): *verborum inanium excludimus captiones* (Cod. VI 9, 9): *scrupulosam sollennitatem amputari decernimus* (Cod. VI 30, 17).

Ma nei popoli civili le forme giuridiche sono scomparse o scompariranno? Nè l'una cosa nè l'altra: sono mutate, hanno avuto la loro evoluzione, sono fatte più semplici e meno numerose, ma la loro esistenza è connaturata col fenomeno giuridico, che è fenomeno sociale. L'avvenire delle forme non è infatti una questione di diritto: è una questione sociologica. L'atto scritto, la trascrizione, l'iscrizione dell'ipoteca, le forme procedurali, i registri dei pubblici ufficiali, sono formalità le quali danno sicurezza, esistenza, apparenza a fatti che nel commercio sociale non possono restare nell'intimo campo del pensiero: devono entrare nella vita esterna, e per entrarvi devono avere una veste visibile.

Il progresso tende ad abolire (e non vi è ancora riuscito del tutto) tutte quelle forme che non arrecano più un'utilità sociale; le tradizionali parole dei contratti notarili scompaiono, i riti sacramentali del giuramento sono scossi, ma quelle forme che servono a concretare la sostanza degli atti giuridici non potranno perire mai. Ci sarà trasformazione, ma non morte; e chi sogna un avvenire nel quale la sostanza giuridica non avrà bisogno di organi esterni è un idealista, simile a chi pensasse che verrà un tempo nel quale il concetto non avrà più necessità della parola. La forma, mutata e adattata alla civiltà progrediente, si perfezionerà, ma continuerà ad accompagnare il diritto, la società e la vita: e sempre sarà vero, sebbene con significato diverso, che *forma dat esse rei.*

§ 8. — Diritto, morale e religione.

Le norme giuridiche e le morali e le religiose hanno lo scopo comune di regolare la condotta sociale: in una civiltà progredita le ultime due arrivano a comandare agli atti individuali più intimi, e persino al pensiero, ma in origine ebbero l'intento di condurre la società al più grande benessere. Tutti i popoli antichi sono simili per la omogenea comunanza del diritto con la morale e la religione: e questa omogeneità appare nella stessa forma commista a preghiere e sagrifizii, e negli organi destinati a queste funzioni: si è infatti già veduto che i sacerdoti furono i primi giudici e i primi custodi del diritto.[69] Il processo di separazione fu len-

[69] L'influenza dei sentimenti religiosi sopra il diritto nelle società antiche non si vede solo nella comunione delle cerimonie, ma in modo speciale nella vera sostanza delle norme. L'eredità per esempio è un istituto che non si può spiegare senza ricorrere alle antiche credenze sui morti: con questo concetto il Fustel de Cou-

tissimo, e anche in tempi progrediti le traccie dell'antica comunione sono evidenti, come nei Romani la teoria dei *sacra* nella *hereditas:* molti popoli, come in Asia e in India, non pervennero mai ad ottenere una distinzione completa, nel che è a riporsi la causa non ultima del loro decadimento. Invece tutte le società ch'ebbero un vero progresso, come la Grecia e Roma e le moderne di Europa, separarono completamente la religione e la morale dal diritto.

I fenomeni religiosi si distinguono dagli altri per un carattere speciale e visibile, imperocchè la loro fonte e la loro natura e la loro sanzione hanno in quell'insieme di idee e di sentimenti soprannaturali, che si trovano in ogni popolo. L'avvenire della religione è la trasformazione, ma non la morte: finchè la scienza non potrà (e forse non potrà mai) spiegare ogni cosa, e rimarrà un campo all'*inconoscibile,* in questo dominerà la fede. Ogni nuova scoperta scientifica genera nuove domande non soddisfatte, e se a piè del vero è il dubbio, a piè del dubbio è il vero. La *scienza* e la *fede* si incalzano, ma non si raggiungono. Le norme giuridiche di un popolo debbono sempre più liberarsi da qualunque avanzo di idee religiose: il diritto è un fenomeno sociale e civile, e rimane nel territorio del conoscibile. Ma alcuni rapporti tra l'una cosa e l'altra durano e

---

langes e il Maine hanno ottenuti resultamenti nuovi. Anche nel contratto primitivo vi è in fondo una credenza soprannaturale: il giuramento e il voto sono forme esterne, ma l'idea di vincolarsi con la sponsio ha la sua base nei legami che due persone credevano contrarre col bere o mangiare assieme. L'*archeologia giuridica* non può fare a meno di rintracciare le superstizioni, i sentimenti religiosi, la fede delle società antiche. Veggasi nella *Cité* del Fustel de Coulanges l'introduzione: *de la nécessité d'étudier les plus vieilles croyances des anciens pour connaître leurs institutions;* e poi i primi quattro capitoli sopra le credenze su l'anima e su la morte, il culto dei morti, il fuoco sacro, e la religione domestica.

dureranno ancora: anzitutto il diritto deve proteggere la religione, nel senso non di applicare coattivamente i varii dogmi, ma di garentire a ognuno la libertà di seguire la fede, della quale è convinto. Tutte le religioni sieno rispettate, e nessuna a danno di un' altra: lo stato secondo il suo concetto moderno non deve farsi strumento di una di esse, neppure di quella che è dominante, ma deve fornire le condizioni di esistenza ai sentimenti religiosi. La quale garentia si estende anche alle manifestazioni esterne, come le preghiere le chiese i funerali e tutti i riti: ma è possibile e doveroso limitare quelle manifestazioni, quando turbino la quiete sociale. Nei reati di bestemmia l' idea religiosa è la base quasi unica, ma sono reati che scompariranno dai codici moderni, e saranno socialmente puniti dal biasimo di un popolo educato. Il giuramento nelle materie tanto civili quanto penali perde la sua formula *in nome di Dio*, e diventa un giuramento civile, cioè un invito a dire la verità con la minaccia della pena a chi mentisce.

Quanto alla morale, la sua distinzione dal diritto avvenne prima nei fatti che nelle teorie: presso i Romani i confini pratici erano netti e definiti, ma teoricamente si vedono quei giuristi porre l' *honeste vivere* tra i *præcepta iuris*. E questa confusione caratterizza quasi tutte le filosofie passate, le quali vollero ridurre tutto ad un unico *principio etico*. Se però si considera che le norme giuridiche regolano la condotta sociale con la possibilità della *coazione*, senza curarsi di cercare i *motivi* delle azioni umane, si vede che in questi due caratteri è posta la loro differenza con le norme morali. Alcuni divieti sono comuni alla morale e al diritto, come non uccidere o altri simili; ma da una parte ciò dipende dal fatto che si tratta di norme sociali così importanti, che ogni categoria di fenomeni se

ne occupa; e d'altra parte sono diversi gli aspetti e le sanzioni che uno stesso divieto ha, secondo che lo si giudica *moralmente* o *giuridicamente*.

La separazione completa tra il diritto e la morale non vuol dire che il primo non debba garentire la seconda: è anzi supremo interesse dello stato di curare per quanto è possibile la moralità *esterna* (non la *interna*) del popolo, e la nullità dei contratti *contra bonos mores* ne è un esempio chiarissimo. Quella separazione non vuol neppure dire che il diritto non debba sperare forza e vita dai costumi sani dei cittadini: è anzi noto che le buone leggi non possono fare bene senza una buona moralità, e che tanto più un popolo è fortunato e grande quanto più il diritto è nella coscienza di ognuno corroborato dal dovere morale, e quanto più c'è il sentimento popolare di volere la giustizia, e lottare pel suo trionfo: quella che l'Ihering chiamò *la lotta per il diritto.*[70]

§ 9. — Diritto pubblico e diritto privato.

La differenza tra il diritto privato ed il pubblico ha giuridicamente una grande importanza, per le diverse conseguenze che ne derivano. Basterebbe infatti la regola che *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (D. II 14, 38), per mostrare che in tutti i contratti (come nuziali, successorii, commerciali) è necessario di vedere a quale genere di norme legali le parti hanno voluto sostituirne delle proprie. Così nella retroattività della legge, nei limiti tra le non concesse azioni popolari e le azioni nascenti da leggi pubbliche, e nella forense distinzione per le cose amministrative

[70] Veggasi: Ihering *Esprit* pag. 344 e III pag. 82; Maine *La coutume* pag. 47; Miraglia *Filosofia del diritto* pag. 86; Kirchmann *Grundbegriffe* V B sopra *Die Trennung des Rechts von der Moral.*

fra *interesse* e *diritto*, è sempre applicata la differenza di ius publicum e ius privatum. Ma questa differenza non è teoricamente facile a fissarsi, perchè nella realtà delle cose i limiti sono variabili e sottili: se da una parte si considera l'istituto della rei vindicatio e da un'altra parte il voto elettorale, è chiara l'antitesi sopra accennata, ma le difficoltà non sono nei punti estremi, sì bene nei confini fra i due territorii. Nel linguaggio comune la differenza è fatta addirittura per materie: i diritti civile commerciale processuale si dicono essere privati, e i diritti costituzionale amministrativo penale finanziario si dicono essere pubblici. È però evidente che questa nomenclatura non è precisa: imperocchè anche il diritto civile ha parti di diritto pubblico come la base della famiglia, e anche il diritto amministrativo ha parti di diritto privato come in materia di acque o di pensioni. Suolsi dire che la diversità deriva dai soggetti, che cioè il diritto privato concerne l'individuo e il pubblico il cittadino; quello le persone, e questo lo stato.[71] Ma non è così nella realtà delle cose, imperocchè si veggono leggi concernere lo stato e creare diritti privati, ed altre concernere gli individui e creare norme di vero diritto pubblico. È forse più esatto ricorrere in ogni disposizione alla *mens legis*, e domandarsi che cosa ha voluto fare il legislatore: ha voluto provvedere ad un bisogno del popolo in quanto è organizzato, oppure ad un bisogno di ogni singola persona? In ogni norma c'è l'utilità tanto dello stato quanto dei privati: nel prescrivere che si possono fare contratti di vendita vi è un bene ai contraenti e per riflesso alla società; nel prescrivere che i deputati sieno nominati dal popolo vi è un bene alla res publica e per riflesso ai cittadini considerati *uti singuli*. L'interesse

---

[71] Così Kirchmann *Grundbegriffe* VI D.

pubblico ed il privato sono adunque correlativi: ma l'essere una legge pubblica o privata non dipende dal mirare ad uno piuttosto che ad un altro interesse, perchè ognuna mira ad ambedue, ma dal mirare all'uno *prima* che all'altro. Ogni legge utile allo stato è per conseguenza utile alle persone: ogni legge utile alle persone è per conseguenza utile allo stato; or bene, quella legge fa *ius publicum* se ebbe per scopo diretto l'utilità pubblica e per conseguenza la privata, e fa invece *ius privatum* se ebbe per scopo diretto l'utilità privata e per conseguenza la pubblica. È per ciò che si deve badare alla *mens legis* e non alla materia disciplinata; ed è pure per ciò che in ogni istituto di diritto civile *le basi fondamentali* (come la monogamia, il divorzio, la trascrizione, la proprietà privata, la libertà del consenso, la successione legittima) sono di diritto pubblico.

Con i concetti esposti diventano chiare e ancora in parte accettabili le definizioni di Ulpiano (D. I 1, 1, 2):

> PUBLICUM IUS *est quod ad statum rei Romanæ spectat.*
> PRIVATUM IUS *quod ad singulorum utilitatem spectat.*
> *Sunt enim quædam publice utilia, quædam privatim.*

§ 10. — **Ius e Actio.**

In ogni organismo una funzione è sicura di durare e progredire quando si è staccata dalle altre, ed ha un proprio apposito organo il quale ne cura la vita: perciò le norme giuridiche devono il loro progresso al separarsi dalle morali e religiose, e all'avere una classe di persone che se ne occupano esclusivamente, cioè i giudici. Il tribunale, il giudice, l'azione sono tre cose distinte, ma hanno il carattere comune d'essere l'organo che realizza il diritto. Il rapporto tra l'ius e l'actio è *storicamente* diverso che *logicamente*: infatti in un si-

stema completo ed evoluto di idee giuridiche l'azione è il modo di far valere il diritto, è la veste che assume per presentarsi ai giudici, ma esso diritto preesiste all'azione. Se si deve avere una cosa da qualcuno, questa facoltà nasce dall'istituto giuridico che si è posto in essere come il contratto di vendita, e l'actio venditi sorge quando ci si rifiuta a dare quella cosa e perciò la questione è presentata al tribunale; quindi il rapporto contrattuale esiste prima, e l'azione di vendita nasce quando quel rapporto è violato o contestato. Così è logicamente, ma non è così storicamente: imperocchè quando un popolo primitivo non ha che poche norme giuridiche ma tuttavia è pervenuto ad avere i giudici distinti dai pontefici e dal re e dal capo della famiglia, ogni ulteriore progresso si fa con la concessione di azioni, dalle quali scaturisce poi la nuova regola di diritto. Nel mondo romano per molti secoli l'*actio* creò l'*ius*, e solo quando fu vasto il patrimonio giuridico l'*ius* preesistette e l'*actio* fu il modo di garentirgli il rispetto e impedirne la violazione. È già segno di grande progresso avere l'idea dell'azione, concepire cioè la facoltà di presentare una pretesa in una forma fissa, e tale che chiegga una sentenza; in questo modo di concepire una società primitiva è molto diversa da una più civile, imperocchè oggi l'ázione è un concetto astratto, è cioè il diritto in movimento e prossimo a realizzarsi, ma non ha un corpo esterno visibile; invece da prima l'azione è un insieme di formalità solenni, e *actio* nell'antico diritto romano volea dire ATTO *solenne*, tanto che tutta la procedura si diceva essere un'azione conforme alle leggi (*legis actiones*).

Il diritto non può essere concepito senza l'idea di una *possibile* coazione; certo che esiste e apparisce anche quando le parti di pieno accordo vi si sottopongono, perchè la coazione non è necessaria che sia *at-*

tuale ma solo *eventuale.* Quando un diritto è contestato e deve essere risoluto dal giudice si trasforma e concreta nella sua corrispondente azione, la quale adunque non è qualche cosa di diverso dal diritto, ma è il diritto stesso in quanto tende a realizzarsi. Si suole disputare molto su la definizione dell' azione : chi la dice una veste procedurale ; chi il diritto in movimento ; chi un diritto nascente dal diritto violato ; ma poco importa trovare una formula, bastando tener fermo il concetto che l' azione è una trasformazione del diritto, e perciò è, come si disse, il diritto stesso tendente ad affermarsi. Il diritto a chiedere il prezzo di un oggetto venduto e l' actio venditi non sono due cose diverse : quel diritto è anche prima che il compratore lo violi concretato in un' actio venditi, la quale però si mostra efficace tosto che sorge in proposito una qualunque contestazione.

Il diritto trasformandosi in azione è sottoposto a un nuovo ordine di limiti e di regole, che con ampia parola si dicono la *procedura.* La parte procedurale si compone principalmente di forme necessarie per regolare il modo di contendere delle parti, ma anche di norme che si potrebbero dire *sostanziali,* cioè connesse col contenuto degli istituti giuridici. Potrebbe storicamente mostrarsi che l' evoluzione della procedura e quella del processo hanno sempre progredito *pari passu.*

La nomenclatura delle azioni ha perciò una grande importanza, perchè serve a precisare la domanda dell' attore e il campo di contesa. Vi dev' essere esatta corrispondenza tra il diritto che si chiede e la veste processuale che gli si dà : si vede praticamente quanto sia dannoso fare una citazione con domande indeterminate. Non può in ciò chiedersi quel rigore che era nel diritto romano, ma anche oggi è a desiderarsi che si aumenti e corrobori sempre più l' uso di qualificare la propria pretesa giuridica col nome tradizionale delle

azioni. E per massima parte potrebbesi nel diritto privato conservare il nome latino, il quale contribuisce a far spiccare la natura di ciò che si domanda, nulla maggiormente giovando a fissare e limitare in maniera scultoria alcuni concetti che coartarli in forme e formule tradizionali, espresse con i nomi latini e classici delle azioni. L'*edere actionem* è ancora la cosa più difficile che deve fare un buon avvocato: trovare l'azione del singolo caso è per lui ciò che per il medico fare la diagnosi del male che affligge un infermo.

§ 11. — **Diritto ed equità.**

Il concetto dell'equità ha la sua storia, perchè fu diverso secondo lo stadio nel quale trovavasi il diritto. Quando una società è ancor giovane e il suo organismo giuridico è in via di crescere, allora tra le vecchie norme spesso codificate e i nuovi bisogni viene un grande squilibrio: il diritto esistente diventa dannoso e si presenta come *strictum ius;* le nuove aspirazioni premono e si fanno strada con le vesti dell'*æquitas*. Del che Roma fornì un esempio veramente classico: dal sesto all'ottavo secolo della sua esistenza avvenne nel suo diritto delle XII Tavole un immenso rivolgimento, ed i pretori ed i giuristi col passaporto dell'*æquum est* introdussero in ogni istituto giuridico nuove norme. In quel periodo l'equità fu fonte di diritto. Ma se si considera il diritto privato in uno stadio di maturità come è oggi, allora diventa difficile comprendere la funzione pratica e filosofica dell'equità. Chi ammetteva l'esistenza di un diritto naturale preesistente alla società, trovava inevitabilmente un dissidio fra qualunque diritto positivo e la equità come somma di concetti ideali perfetti; ma di ciò non è più cosa seria discutere. Sotto l'idea di equità può cadere

il sentimento popolare di un nuovo bisogno non ancor soddisfatto dal diritto: per quanto l'organismo del giure *privato* sia oggi grande ed evoluto, può sempre darsi il caso (non frequente) che si manifesti un nuovo bisogno cui la legge non abbia provveduto, o i principii generali del diritto non possano provvedere. A ciò pensi il legislatore, ma non il giudice: i codici diverranno (dopo moltissimo tempo) vecchi, e con molta prudenza potranno essere modificati. L'equità in questo senso è un semplice nome che indica la necessità di una regola nuova, e non ha rapporto col diritto.

Finalmente si suole intendere per equità la giustizia di ogni singolo caso, e la non applicazione del diritto a una concreta fattispecie nella quale alcuni elementi possono fare che sia ingiusto ciò che in genere è giusto. Su questo punto è bene avere idee chiare, perchè spesso in nome di cotesta equità i tribunali danno sentenze non giuridiche e gli avvocati cercano che il loro cliente sfugga alle norme del diritto, facendo ciò che diceva Quintiliano (*Inst. Or.* VII 1, 63) *ut, si in iure minus fiduciæ erit, æquitate iudicem præparemus.* Più spesso avviene che i magistrati cercano di conciliare la equità del caso col comando giuridico, dando a questo una interpretazione così larga che essi stessi non ammetterebbero in casi diversi; è doloroso che ciò avvenga (e avviene molte volte), perchè mostra che non è ancora un sentimento comune il rispetto obbiettivo del diritto.[72] La norma giuridica è

---

[72] Che gli elementi di fatto possano e debbano impedire l'applicazione di un certo precetto legislativo è cosa evidente, ma che non ha nulla a che vedere con ciò. La questione è questa: dato che il fatto presenti *tutte* le condizioni espresse nella legge e non ne abbia alcuna contraria ad essa, può non applicarsi la volontà del legislatore per riguardo a considerazioni sentimentali di equità? Rispondere che sì, è rispondere non da giurista.

una norma di condotta sociale tanto importante che lo stato l'ha munita di coazione: come norma generale rappresenta ciò che l'esperienza ha mostrato essere utile nel numero maggiore dei casi, ma può avvenire che in una particolare congiuntura sia dannosa.

La legge, per esempio, non vuole che un minore di età possa contrattare: questa disposizione è in genere equa, ma può trovarsi un giovane di sedici anni così precocemente sviluppato da avere una volontà piena ed illuminata. Di questa equità non deve il giudice tener conto: essa rappresenta il rimedio ad un difetto *inerente* al diritto, ma questo rimedio non può applicarsi e questo difetto deve subirsi, perchè superiore al bisogno di provvedere a un dato caso c'è il bisogno che il diritto resti diritto, cioè norma *generale* e *coattiva*. In molti istituti giuridici la materia è per sua natura incapace a regole generali e preventive; allora la stessa legge pone un principio e permette al giudice che tenga conto di elementi di fatto che non si possono formulare con ipotesi generiche; così le *circostanze attenuanti* nei delitti, la valutazione del danno in rapporto alla colpa civile, le quistioni di volontà contrattuale o testamentaria. Fuori di questi e dei simili casi l'equità è il tarlo del diritto: la vera equità sociale vuole che il diritto trionfi sopra l'equità individuale.

§ 12. — Il diritto e lo stato.

Nelle teorie passate del diritto naturale e in quelle del Kant era molto semplice il rapporto fra il diritto e lo stato: quello era un insieme di norme derivate dalla ragione o innate all'uomo, e lo stato aveva come unico compito di tutelare il diritto. Ma mentre le scuole scientifiche contendevano sopra quello che doveva fare lo stato, questo aumentava le sue funzioni in tutti i po-

poli civili. D'altra parte non è neppure corretta quella teoria che per opporsi ad un esagerato *individualismo* dà allo stato l'ufficio economico di aiutare le classi disagiate, accrescere con arte il loro benessere, ed entrare nel fenomeno della distribuzione delle ricchezze. Lo stato non dev'essere solo *gendarme* e non solo *socialista,* ma anche qualche cosa altra. Esso deve concepirsi come un organismo per sè, che si aumenta in forze col fortificarsi dell'individuo e che perciò non è in urto con esso; rappresenta la personificazione politica della società, e diventa fattore di progresso. Lo stato non deve distruggere l'attività individuale, ma non può essere distrutto da questa: reciprocamente si aiutano e si coordinano. Tutti gli scopi perciò, morali economici intellettuali estetici, che gl'individui nè soli nè associati possono raggiungere costituiscono altrettante funzioni dell'organismo più forte che è lo stato: la tutela del diritto non può esercitarsi con la vendetta privata, e lo stato se ne fa un dovere precipuo; le scienze le arti le scuole hanno bisogno di un potente aiuto, e lo stato lo porge; ai pubblici lavori non bastano le imprese commerciali, e lo stato li assume; la difesa della nazione non è sicura in balía del solo e spontaneo patriottismo individuale, e lo stato crea e mantiene gli eserciti; l'igiene pubblica non è osservata, i contagi grandi non sono evitati, e lo stato dirige quella e si cura di combattere questi. Dovunque può quindi entrare lo stato: dove gli individui o non bastano o non fanno bene egli interviene ed esplica la sua attività. Più cresce la civiltà di un popolo e più crescono la forza delle singole persone, l'efficacia delle associazioni, l'organismo e il lavorio dello stato. Questo concetto che suolsi dire *organico* si oppone a un altro che suolsi dire *atomistico,* per il quale lo stato dovrebbe non *aiutare* ma solo *garentire* l'azione indi-

viduale assicurando, come diceva il Kant, le condizioni per la libertà e la coesistenza di tutti. Così era nella teoria del contratto sociale di Rousseau, e così è nel concetto passivo e meccanico della lotta per l'esistenza dello Spencer. Ma è significativo questo fatto che nella stessa Inghilterra ove il concetto dell'individualismo è stato ed è ancora predominante negli scrittori di queste cose, lo stato andò praticamente e silenziosamente aumentando i suoi poteri: lo provano le molte leggi industriali, l'intromissione nell'igiene nelle scuole e nelle amministrazioni locali, e il fortificarsi e crescere dei servizii burocratici sostituendo una falange di impiegati con stipendio e gerarchia agli antichi uffici locali gratuiti.[73]

Secondo le cose dette il *socialismo* dello stato non è inerente al concetto dello stato moderno; ma se da un lato è riprovevole una intromissione artificiale nella distribuzione privata delle ricchezze, da un altro lato non è escluso che possa e debba lo stato occuparsi anche di riforme socialistiche ed economiche. Il socialismo, inteso in un senso prudente, ha la sua storia e la sua verità; e se una nazione vedesse gravi pericoli nascondersi nell'economico malessere dei più, lo stato mancherebbe alla sua funzione se si limitasse a far da carabiniere per reprimere lo scoppio della miseria, ma dovrebbe con saggie riforme attenuarla e contribuire a risolvere la *questione sociale*.

Quale è dunque il rapporto del diritto con lo stato? È un rapporto non sostanziale, ma formale, nel senso cioè che il campo del diritto non è limitato e determinato da criterii presi dal diritto stesso, ma dai bisogni della società. Tutti i comandi dello stato quando sono espressi in modo *generale* e con sanzione *coattiva* sono

---

[73] Sulla burocrazia inglese veggasi Gneist *Das Englische Verwaltungsrecht* II 250 edizione terza.

diritto; le leggi del giure privato, le industriali, le finanziarie, le sociali, le didattiche e tutte le altre sono *diritto,* perchè sono norme generali e coattive. Giuridicamente lo stato non ha limiti a far leggi, altro che quelli che derivano dalla impossibilità di aversi la coazione in alcune materie; i suoi limiti sono fuori del diritto, e nascono dai bisogni della società stessa. Non però tutto quello che fa lo stato è diritto; le sue azioni sotto forma di aiuti al caso concreto, di provvedimenti per una data congiuntura, di istituzioni facoltative, non sono diritto, ma atti di amministrazione e intromissione nei rapporti sociali. Ma tutte le norme che per sè stesso o per gli altri egli detta, tutti i comandi che formula genericamente e impone coattivamente sono leggi; sono diritto. Per questo aspetto lo stato è un organismo essenzialmente giuridico perchè la maggior parte della sua attività si esplica con forme di diritto; perchè egli agisce nei limiti giuridici che gli organi legisferanti hanno fissato; perchè di qualunque cosa si occupi, sia economica o morale o industriale o tutelatrice dell'ordine, deve sempre farlo per mezzo di leggi e operare in conformità di esse. Lo stato moderno fu ben chiamato uno *stato di diritto,* non perchè abbia per solo scopo la tutela del diritto, e non perchè gli si neghi la benefica e crescente intromissione in *tutte* le attività sociali, ma perchè il suo organismo il suo operare la sua costituzione sono vestite di forme giuridiche.

§ 13. — La libertà del volere nei rapporti giuridici.

Nel diritto, meno che nella morale, è necessario risolvere questioni psicologiche; ma per alcuni istituti giuridici bisogna chiarire certi concetti sul volere e su l'interne operazioni.

Il singolo volere è assolutamente e necessariamente legato ai suoi motivi, sì che dati questi quantitativamente debba sorgere quello? Spinoza Hobbes Kant Schopenhauer risposero che sì, dicendo che il volere è determinato dalla stessa necessità che domina la natura. Da parte opposta furonvi i sostenitori di un *votum arbitrium indifferentiæ,* che è un vero mito. Il realismo filosofico parte dalla osservazione di sè, la quale mostra che l'uomo agisce quando un sentimento lo muove, e che i sentimenti sono necessariamente prodotti dalle rappresentazioni. Le quali è vero che possono talora essere così forti da convertirsi istantaneamente in sentimento, volere, esecuzione, ma ciò non è sempre e nella più gran parte dei casi possiamo tosto che è sorto in noi un sentimento riflettere su di esso, ponendocelo quasi a una certa distanza, ed esaminarlo in rispetto a quella somma di esperienze, cognizioni, norme, comandi, principii che sono in noi e che costituiscono il nostro io. E lì sorge la lotta, e quando decidiamo è poi il sentimento più forte che ha vinto; la libertà vuota qui non vi è, ma il nostro io, e il fondamento perciò della responsabilità, sta nell'avere spiegato una forza maggiore o minore per quel dato motivo, sta nell'avere riflesso più o meno, nell'avere saputo preferire un piacere più nobile ad uno più basso. Dunque il singolo volere si è formato dai motivi, ossia il volere è uguale alla somma degli elementi che lo compongono. Il volere si determina sempre per motivi, perchè se così non fosse sarebbe pazzo ed insignificante: ma questi motivi non sono tutti immediati, e fra essi v'è una norma, vi è il carattere, v'è insomma tutto ciò che costituisce l'io: la teoria che dietro ogni singolo volere ammetteva una facoltà, la volontà, la quale avea in sè la libertà e la svegliava e faceva operare a suo bene placito, riduceva

il mondo a un insieme di pazzi i quali operavano senza saperne il perchè. E alcuni, spaventati da questa ridicola conseguenza, dissero che la volontà opera per motivi, ma questi sono in essa, sono essa stessa, e caddero nella *causa sui* di Spinoza, cioè nella contraddizione che una cosa possa essere causa ed effetto ad un tempo.

D'altra parte il cieco determinismo e il materialismo moderno legarono con vincoli di ferro il volere alle rappresentazioni esterne, e parlarono di necessità, la quale poi presuppone dietro o sotto di sè un qualche cosa assoluto che comanda e ci guida. Così confusero una relazione del pensiero con una forma di essere. La *necessità,* forma del nostro pensiero, è attributo che noi diamo al principio di causalità: la osservazione non mi dice altro che un dato fenomeno *A* segue costantemente ad un fenomeno *B,* e nella natura esterna nulla vi è di necessario, ma tutto è per noi regolare; al lampo segue il tuono non per necessità prestabilita o per fatale volere o perchè il tuono sia dentro al lampo. Il lampo sviluppasi fra certi elementi, il tuono da altri elementi; così nei processi interni dello spirito sorge un volere quando vi sono quei motivi che lo costituiscono. Questa non è necessità, forma del pensiero; non è libertà, astrazione fondata su una imperfetta osservazione di sè; ma è regolarità, cioè a quei motivi segue un volere, il quale non ha sostanza a sè, ma è la risultante stessa di quei motivi. Insomma sentendo in sè stessi non esser vera questa fatale necessità, si corse alla libertà, non avvertendo che questo *aut aut* non ha luogo, ma fra esse sta la regolarità. L'errore fu qui di prendere la libertà, *contrarium* della necessità, come il suo *contradictorium,* mentre questo è la *non necessità* che non esclude la regolarità.

La pratica della vita conferma perfettamente questa teoria, perchè da una parte si ammette la responsabilità e l'imputabilità, e d'altra parte v'è la fiducia nei patti, la educazione, il carattere.

La natura dell'uomo non è un primum dato, ma si forma a poco a poco, e le cognizioni morali e intellettuali, l'abitudine, l'uso costituiscono il nostro carattere; tanto più io opererò bene quanto più prontamente saprò ubbidire alla norma; gli impedimenti che sono in me non posso vincerli con il solo libero volere, ma ci vuole forza.

Questa è la libertà psicologica, cioè il formare un volere i cui motivi non sieno solo immediati e nuovi, ma derivino da norme o determinazioni precedenti che costituivano il nostro io: tale libertà psicologica può essere anche nel fare il male, e in ciò hanno fondamento le pene. Perciò anche nelle lingue antiche si trova detto servo un uomo che seconda le passioni, mentre vi è detto libero chi opera per principii superiori: ne sorse il concetto della libertà morale.

Tanto la libertà psicologica quanto la morale non sono una potenza data che basti svegliare perchè operi e sia uguale in tutti gli uomini; sono invece un fine da raggiungere, una meta faticosa alla quale si perviene con stenti. Gli uomini sono perciò diversamente liberi; e nella determinazione dell'imputabilità deve di ciò tenersi conto, perchè porta a delle gravose ingiustizie la teoria per la quale ogni uomo ha in sè una uguale potenza di libertà, la quale possa alzarsi su tutti i motivi.

Dunque il nostro volere si forma dati certi motivi, nessuna interna potenza creandolo ma nascendo esso quando ci sono gli elementi che lo compongono, in un certo rapporto; questo nostro volere diciamo libero quando la nostra coscienza ci avverte che quel volere

è tutto nostro, cioè quando un elemento di quel motivo è principalmente l'io, o meglio una norma o memoria o concetto che era precedentemente in noi e che sentiamo costituire il nostro io. Libertà non è perciò originaria potenza indeterminata, non è un modo di essere del singolo nostro volere, ma si ha quando esso non fu determinato da una nuova rappresentazione o da abito, ma è saputo dalla coscienza come suo.

All'arbitrio vuoto si giunse per due ragioni. Una nacque dalla falsa osservazione di sè, per la quale si suole affermare che è in potere di ognuno volere o non volere e che si può volere il contrario di ciò che si ha voluto. Certo che prima di compiere un'azione non v'è una molla che mi vi spinga, rispetto agli altri potendo io farla o no; ma sì nell'uno che nell'altro caso io cedo al motivo più forte. Se di proposito per dimostrar la libertà di scelta si dice « io posso dare la mela o no » questa determinazione logica che (per provare l'assunto) si deve prima dare la mela e poi non darla è già il motivo del volere. Dopo essere andato a un giuoco, sento che avrei potuto non andarvi, se avessi riflettuto di più: queste parole volgari mostrano che se io non vi fossi andato era perchè avrei di più riflettuto, cioè avrei fatto entrare come motivi certe norme e certi precetti. Mentre io scrivo ciò, potrei anche lasciare e riposarmi; ma non già perchè sotto lo scrivere siavi la possibilità del contrario, ma perchè io non sono tutto questo scrivere e in me c'è dell'altro che può dar luogo a un volere più forte.

Gli stati di libertà e non libertà non sono quantitativamente diversi nè in un volere libero vi è come un di più la libertà, ma sono qualitativamente disuguali.

Una seconda ragione per che non si volle concepire i motivi come gli unici moventi, è la facilità che l'uomo ha di presentarsi molti e molti motivi, e non si può

determinare in ciascun volere tutti i motivi che lo compongono: e poi il volere nasce così subitaneo dalla composizione dei motivi, che noi lo percepiamo solo quando è nato, sì che con il pensiero dobbiamo fare un difficile lavoro di regresso per vederne le cause.

La libertà del volere è presupposta da tutti gl'istituti giuridici, e in modo precipuo dalla responsabilità penale, dalla teoria su la validità del consenso nei contratti e nei testamenti, e dalla colpa come base dei danni civili arrecati per fatto proprio. Le ricerche recenti dei psicologi e dei così detti alienisti hanno messo innanzi molte verità e molti dubbii, e hanno mostrato che la parte filosofica di questa materia giuridica dev'essere mutata nelle radici. Passeranno presto le esagerazioni della moderna scuola di diritto penale, e i pochi reduci dell'antica classica finiranno per far pace sopra un territorio di prudenti affermazioni; ma dovrà intanto sorgere una più consentanea teoria circa la volontà negli atti giuridici. Gli effetti potenti delle cause esterne; della condizione sociale in che si nasce; del modo col quale si vive fisicamente e moralmente; dell'educazione che si è ricevuta; dell'eredità psichica avuta dai genitori; delle malattie d'ogni genere, e in ispecie del cervello; delle tendenze a delinquere inerenti alla propria natura; del grado di continuo o momentaneo nervosismo nel quale l'agente si trova; delle idee e superstizioni sociali prementi sul nostro organismo; dei difetti molecolari intimi e invisibili della materia centrale dell'uomo; gli effetti potenti di tutto ciò sono i fattori della volontà umana, e quindi non si può più accettare l'antico concetto di una responsabilità giuridica, fondata sopra un'indeterminata e sconfinata libertà. Ma se questa teoria (che è *filosofica*, nel senso che noi diamo a questa parola) subisce un rivolgimento profondo, poco riverbero ne viene alle conseguenze

strettamente *giuridiche;* e questa considerazione ha un grande valore. Per i delitti e le pene rimarrà sempre vero che le cause influenti sul volere sono di due specie, imperocchè o tolgono del tutto l'attività interna dell'individuo, o invece la sforzano ma non la distruggono; nel primo caso il delinquente sarà lasciato senza castigo o messo in un manicomio secondo che la forza impellente fu atto violento altrui o malattia del suo cervello; nel secondo caso egli è punito per non avere alle cause eccitanti opposto il comando della legge e fatto trionfare questo con l'aiuto della sua energia psichica. Si mutino pure le pene; si convertano pure le carceri in ospedali; ciò che importa è che la società sia salva dai pericoli che le arrecano i malfattori, agiscano questi per tendenze ereditarie o per eccitamenti di nervi o per malattia fisica o per cretinismo di mente. La malvagità, come l'intendevano gli antichi, cioè deliberato proposito di far male, diventa sempre più rara: chi fa male è stato spinto da cause di ogni genere. Gli studii moderni hanno gettata la luce su queste cause, e alle solite ammesse un tempo (come la pazzia, l'ubbriachezza, la forza maggiore, la fame) hanno aggiunto altre meno visibili e più efficaci, quali sono le psichiche ereditarie e i fenomeni patologici dei nervi; ma le conseguenze *giuridiche* sono sempre identiche: o queste cause hanno prepotentemente tolta all'individuo la forza di reagire e opporre al loro stimolo la educazione avuta, le norme morali apprese, le leggi punitive, e allora non c'è responsabilità; o invece la loro potenza non fu tale, e allora l'individuo deve rispondere di non avere posto fra i motivi del suo agire il rispetto alla legge. Si dovrebbe, per aversi una giustizia perfetta, dare tanto di responsabilità quanto di possibilità di reazione hanno lasciato le cause influenti sul volere; ma nello stato presente della scienza che non ha modo di pesare le

intime energie, chiedere quello sarebbe chiedere una cosa non umana e impossibile.

Queste considerazioni valgono anche pel diritto civile: un contratto sarà nullo per mancanza del consenso, quando le cause agenti sul volere hanno impedito che l'individuo potesse usare della sua energia psichica e porre nella sua determinazione come motivi l'interesse suo pecuniario, il rapporto dell'obbligo con il suo patrimonio, e altri simili. Ma se non ci fu questa prepotenza di cause, e se il contraente fu mosso da eccitamenti nervosi o da qualunque altra forza in modo però che potè pensare (accettare o respingere poco importa) al suo interesse, alle cognizioni apprese, alle norme sociali e giuridiche, allora il suo contratto è valido. Nè giuridicamente può cercarsi se sia per tanto valido per quanto la intima forza di reagire potè esistere; *giuridicamente* non può distinguersi, e se è valido ha *tutti* gli effetti. In questi casi la regola del diritto è quello che i matematici chiamano un valore di approssimazione; è inerente al diritto di essere un comando *generale* e perciò deve passar sopra alle piccole frazioni, e dare un precetto netto e medio. In materia del grado di colpa punibile, di età determinante la facoltà matrimoniale e consensuale, di termini per prescrivere un'azione o compiere atti processuali, di presunzioni legali e simili, il diritto è sempre una *quantità media* che non può dal giudice convertirsi in una *quantità concreta*. È in questo territorio che sarà eterna la lotta fra il *diritto* e l'*equità,* ma questa lotta in un popolo civile e forte avrà eternamente il resultato di dare la vittoria al diritto, e lasciare l'equità allo stato amorfo di sentimentale e romantica aspirazione.[74]

I concetti ora esposti circa la libertà valgono per

---

[74] Veggasi il § 11 in fine.

quei negozii giuridici che sorgono quando sono *voluti* dall'individuo, ma in molti casi è il così detto *diritto obbiettivo* che impone ad alcuni fatti e ad alcune qualità effetti speciali. Ed anche per ciò che riguarda la VOLONTÀ NEI NEGOZII GIURIDICI è da notarsi che le conseguenze non sono sempre quelle volute dalle parti, ma che spesso la legge pone un ligame causale fra alcuni atti e alcuni effetti. La natura economica dei fatti giuridici e i legami contratti con una persona fanno sì che vi sieno limiti immensi nel dare completo valore alla singola volontà; col porre in essere volontariamente un certo atto si possono avere conseguenze che non si prevedevano e non si volevano, perchè quell'atto ha già una figura economica e giuridica tradizionale. Può la morale permettere nelle promesse e nei giuranenti le *restrizioni mentali* o il *pentimento;* non lo può il diritto.

§ 14. — Come si formano ed ordinano le regole legali.

Qualunque norma della condotta sociale è una PRESCRIZIONE GENERALE, cioè non relativa ad un caso concreto, ma a tutti i casi che hanno alcune condizioni determinate. È adunque sempre l'effetto di un processo logico che fa la mente dell'uomo: anche quando un popolo è giovane e molte norme non sono formulate, ma sono costume tacito, anche allora la coscienza comune ha in ognuno data una veste generale a quelle norme consuetudinarie. Il progresso giuridico avviene in due modi: prima di tutto con aumentare le regole e provvedere ad un numero maggiore di bisogni; e poi con coordinare le regole trovate e salire a formule sempre più generali. Questo secondo fatto riesce chiaro se si paragona un codice moderno con uno antico, per esempio, le XII Tavole romane; in queste si consi-

derano alcuni casi particolari che oggi non è più necessario di regolare particolarmente, perchè sono tutti abbracciati da una più lata regola. Basta per convincersi di ciò osservare che in un diritto progredito esistono istituti i quali per loro natura concernono non rapporti semplici e reali, ma concetti generali di molti rapporti; così la condictio indebiti la negotiorum gestio la responsabilità civile per la colpa sono categorie giuridiche che possono trovarsi in tutte le azioni umane, e contengono la norma non per casi previsti ma per una parte comune a molti casi.

Questa GENERALIZZAZIONE nelle regole legali fu storicamente compiuta dai giuristi in modo precipuo e anche dai giudici e dall'uso forense, ma logicamente non fu altro che un processo di astrazione delle parti comuni a più norme e di formulazione in norma a sè di questo *quid commune*. Ciò avvenne nel diritto privato civile più che altrove, e per ragioni in parte intrinseche e in parte occasionali che non è qui il luogo di studiare; e in esso si è potuto pervenire a formare nel sistema giuridico una *Parte Generale* che contiene le norme comuni a tutti gl'istituti del diritto senza aver riguardo al pratico contenuto d'ognuno. Si deve alla *astrazione logica* se i giuristi poterono concepire una somma di rapporti indipendenti dall'uomo, e costituirne una *persona giuridica* nel senso di ente morale; se ammisero che un diritto e un'azione personale possano essere ceduti ad altri; e se in un solo individuo fisico distinsero due separate figure di diritto, come nell'erede con beneficio d'inventario il quale *sustinet duas personas*.

Il potere logico di separare gli elementi essenziali dagli accidentali ha dato luogo a quel modo d'inferire che si dice ANALOGIA, la quale è sorgente pel giurista e pel giudice di norme giuridiche, come per lo scien-

ziato è sorgente di cognizioni e scoperte. Ma l'analogia dev' essere fatta col rigore della scienza logica, altrimenti è fonte di errori; [75] fu già osservato da alcuni che molte norme dei popoli giovani, le quali con la civiltà scompaiono, furono l'effetto di una analogia non bene condotta. Il Mayne, riferito dal Bain *o. c.* II 211, dice così: « l'analogia, che è l'istrumento più prezioso della giurisprudenza matura, è un mezzo dannoso nella infanzia di questa scienza. Le proibizioni limitate nei primi tempi ad una sola specie di azioni, si sono estese ad altre, perchè un uomo che ha paura degli Dei a fare una cosa è invaso da un naturale terrore a farne una, che in qualche modo si assomigli a quella. »

La simpatia ai ragionamenti analogici unita alla potenza della *autorità* (che nel diritto ha sempre avuta una parte molto e spesso troppo importante) ha prodotto in tutti i tempi, e più in quelli di decadenza giuridica, l'andazzo negli avvocati di fondare le difese e nei magistrati di sostenere le sentenze o principalmente o unicamente sopra il numero degli scrittori favorevoli e dei casi già risoluti. E contro questo andazzo, corrodente anch'oggi la curia e il foro, dovrebbe ricordarsi l'ira del cardinale De Luca (*de iudiciis* disc. XXXV n. 84) ed anche il più antico disprezzo del Fulgosio, il quale diceva dei postglossatori che *sicut antiqui adorabant idola pro diis ita advocati adorent glossatores pro evangelistis* (lex si in solut. Cod. de obl. et act.).

Quanto più una regola è generale, cioè lontana dal tipo di un caso concreto e concernente una parte comune a molti casi, che non si trova mai da sola nella vita, tanto più è necessario e difficile darle una esatta

[75] Pur troppo molti giudici credono che basti il buon senso e il comune ragionare per applicare il precetto che *ubi eadem legis ratio ibi et eadem legis dispositio.* La teoria *logica* dell'analogia è invece difficile e scientifica: Bain *Logique* II 208.

ESPRESSIONE IN PAROLE. Chi pensa che le parole sono la veste del pensiero, e spesso la *fonte* di nuove idee, e che molti errori derivano da sofismi detti verbali, comprende bene quanto la formula di una regola debba essere oggetto di studio. Non può negarsi che una parte non piccola della grandezza dei giuristi romani fu la loro felice intuizione delle parole giuridiche, e che una parte non piccola dell'odierno svilimento delle trattazioni forensi è la trascuratezza della frase e la poca correttezza e precisione delle espressioni di diritto. I *verba iuris* hanno la loro storia e la loro tradizione: conoscerli bene e bene usarli è condizione necessaria per un buon ragionamento giuridico, altrimenti continueranno a vedersi frequenti quelli che il Bacone chiamava *idola fori*, cioè a dire quei *sofismi di linguaggio* nei quali incappa la pratica forense, o perchè usa di parole ambigue e mal definite, o perchè attribuisce un'idea a una parola diversa senza accorgersi che spesso si ha tautologia di concetto, o perchè non distingue il significato comune dal tecnico, o perchè in qualunque altro modo non coglie il rapporto tra la parola e l'idea.[76] Ma la scienza giuridica cade nello stesso errore tutte le volte che si appaga di spiegazioni e definizioni nominali, le quali non fanno che ripetere l'uguale pensiero con diverse parole, e appagandosi di questa illusione evita più serie ricerche. Quando per spiegare il colore delle foglie si dice che è dovuto a una sostanza detta clorofilla; o quando il Black spiegava con l'idea del calore latente quelle variazioni di temperatura non sensibili col termometro; o quando il giurista dice che le servitù reali sono inalienabili perchè sono legate al

[76] Bain *Logique* II 568. Un altro utile dei corsi di *Istituzioni*, dei quali si dice alla nota 81, è quello di insegnare una buona *nomenclatura giuridica*. Per questo lato gli studii antichi erano superiori ai nostri.

fondo che le gode; quando adunque si risponde così (e avviene spesso) ai quesiti della scienza, si fa come il medico nel *Malade imaginaire* del Molière allorchè dice che l'oppio fa dormire perchè ha una virtù narcotica.

Il ritrovamento di un numero grande di norme generali contenenti la parte comune a tutti o a molti istituti giuridici è accompagnato da un altro lavoro di natura contrario, il formulare cioè le MODIFICAZIONI che quelle norme subiscono quando si attuano in un particolare istituto. Così le norme della gestione di affari (in senso lato) valgono pel mandato, per i rappresentanti legali, per la gestio ignorante domino e per tutti gli amministratori di cose altrui; ma la gestione tutoria ha quelle norme con molte modificazioni sue peculiari. I principii comuni a tutte le obbligazioni sono applicati intieramente nei contratti nominati, ma ogni contratto nominato li accetta con divarii e limiti diversi. Un' altra delle regole legali più generali è quella che i diritti devono aver la base loro nell' interesse, ma poi nel modo d' intenderlo l' istituto delle servitù è più rigoroso, perchè vuole un interesse obbiettivo del fondo, mentre i contratti permettono un subbiettivo prætium affectionis.

Il sistema giuridico ha un' altra specie di lavoro intimo, nel quale i bisogni pratici non hanno alcuna parte; si vuole con ciò accennare a quelle esigenze concettuali e logiche per le quali tutte le norme, più o meno generali, devono coordinarsi tra loro, e talvolta la necessità che non si urtino e contradicano fa che alcune sieno limitate o eliminate. La giurisprudenza ha spesso esagerato in questo lavorio intellettuale, perchè i bisogni di EURITMIA LOGICA e il desiderio di ragionamenti perfetti hanno tolto alcune norme e createne altre senza guardare alla pratica utilità. È per ciò che fra le tendenze sistematiche e le osservazioni della vita reale

deve essere sempre un reciproco riverbero; ed è perciò che spesso le *subtilitates iurisconsultorum* hanno generato dei periodi di scolastica, dannosi nella giurisprudenza non meno che nella filosofia.

Il coordinamento, la gerarchia e la non contraddizione sono dunque i *limiti logici* delle norme giuridiche; ma fuori del diritto e fuori della logica hanno esse limiti ben più forti, e sono le esigenze pratiche. Si è, per esempio, già osservato che ammettere o negare il divorzio non è una questione giuridica, ma sociale e psicologica; tali son pure la condizione delle donne e la ricerca della paternità. Il diritto accetta *tutte* quelle nuove regole che non urtano col patrimonio delle regole già possedute; ma se sia bene creare quelle nuove norme non risulta dal solo fatto che *giuridicamente* sono possibili: bisogna che *socialmente* sieno utili.

Fra le norme del diritto vi è un ordine ed una gerarchia, la quale deriva principalmente dalla maggiore o minore generalità di ognuna: quella che comanda sopra un territorio più esteso sta sopra alle altre, e quelle che rappresentano quanto di più generale può aversi sono dette PRINCIPII. I principii sono la guida del giurista in ogni caso, e tanto più quanto meno esso ha regole sue speciali; il che il codice civile ha espressamente detto. L'articolo 3 delle disposizioni preliminari è un precetto di logica applicata al diritto: « qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principii generali di diritto. » Questi PRINCIPII GENERALI DI DIRITTO sono quelle norme che derivano dalla astrazione logica degli elementi comuni delle altre norme positive; e vi sono i principii generali di *tutti* gli atti, e quelli di *ogni* istituto giuridico.

La generalità è dunque un criterio per la gerarchia delle regole legali, ma ve n'è anche un altro, ed è la QUALITÀ di essenziale o accidentale al contenuto di esse. Ogni regola è la risoluzione di un caso ipotetico con un numero dato di congiunture, come in questo esempio: se Tizio muore senza testamento e lascia vivo un figlio, questi è suo erede; or bene, gli elementi presi a base dell' *hypotesis iuris* possono essere o *essenziali* o *naturali* o *accidentali*. È questa una vecchia distinzione scolastica, ma vera e utile. Sono *ad essentiam* quegli elementi che sono necessarii per aversi quel dato istituto giuridico, come il prezzo nella vendita; sono *ad naturam* quelli che sogliono esistere e nel dubbio si presumono, ma possono con patto esplicito eliminarsi, come l'obbligo per l'evizione; sono *ad accidentem* quelli che sono permessi, ma si devono stipulare perchè sieno contemplati. La distinzione è filosofica perchè comune a tutti i fenomeni, e genera una distinzione e gerarchia nelle norme corrispondenti. Essa però è formale, nel senso che non è ligata ad una sostanza fissa ma si adatta ai progressi del diritto: un esempio è fornito dal testamento per il quale a tempo dei Romani non era elemento essenziale il lasciare beni materiali all'erede, cui bastava il *nomen* e l'*universum ius;* oggi invece potrebbe di ciò ragionevolmente dubitarsi, e incomincia a farsi strada l'idea che non s'abbia l'erede testamentario quando a lui non è lasciata la parte sostanziale del patrimonio.

Alcune norme legali hanno una speciale importanza teorica perchè logicamente sono semplici IPOTESI. È noto che l'ipotesi è una forma logica o meglio un metodo per spiegare fenomeni sui quali è impossibile la prova diretta, ed è noto che molte grandi leggi fisiche scoperte negli ultimi secoli si fondano sopra ipotesi. L'ipotesi è giustificata logicamente quando serve a spiegare tutti i fatti osservati; nel caso che due ipotesi riescano

ambedue in questo scopo vince quella che può sottoporsi all'*experimentum crucis* di Bacone, può cioè scoprirsi qualche nuovo fatto che con essa si spiega, e con l'altra no. L'ipotesi celebre del Newton fu che l'attrazione celeste non sia altra cosa che la gravitazione terrestre, e con essa potè spiegare come ambedue abbiano comune la legge del Kepler, che cioè diminuiscono in ragione inversa del quadrato delle distanze. L'ipotesi che come il suono nell'aria così la luce e il calore si propaghino per mezzo di ondulazioni in una sostanza eterea non ha per ora rivali; non perciò è provata l'esistenza dell'etere, ma quella ipotesi spiega tutti i fenomeni luminosi e termici. Anche nelle scienze sociali e giuridiche, e in ispecie nella sociologia e nella storia dei diritti antichi, può accettarsi quella teoria che, pur essendo un'ipotesi, spiega tutti i fatti conosciuti. Ciò premesso, si trova il carattere di ipotesi in alcune norme legali: la prescrizione delle azioni col decorrere di trent'anni è fondata sull'ipotesi che il creditore, inerte per tanto tempo, abbia rinunciato al suo diritto; le *præsumptiones* sono anche ipotesi che fa la legge per spiegare e regolare alcuni fatti sociali, e fra quelle *iuris et de iure* e *iuris tantum* e *hominis* è solo una differenza di grado e una differenza giuridica ma non logica.

Simili alle norme contenenti un'ipotesi *iuris* o *facti* sono quelle (per numero maggiori) che si basano sopra una GENERALIZZAZIONE APPROSSIMATIVA, la quale ha un grado di probabilità ma non di certezza. Quando il diritto dice che chi ha comprato una cosa deve pagarne il prezzo, esprime una regola che in tutti i casi (salvo diversi elementi di fatto) corrisponde al concetto della legge; ma quando dice che una persona non può contrattare finchè non ha ventun anno, esprime una regola che non sempre corrisponde al concetto della mancanza del consenso. Le norme del diritto devono essere gene-

rali, e perciò nei casi che non sono costantemente eguali devono essere approssimative. Questo approssimarsi ma non raggiungere la verità si ottiene col dar la prevalenza al concetto più *probabile*; e questa specie di calcolo delle probabilità è espressa nel vecchio detto che *lex considerat quod plerumque fit.* Tutte le norme che fissano termini di tempo o numero di atti appartengono a questa categoria; l'uomo volgare non sa capire come un appello introdotto nel sessantesimo giorno sia valido e nel sessanta e uno sia nullo, ma il giurista sa che il diritto in queste contingenze assume il *tipo medio* dei casi e impone una regola *approssimativa,* avente per base logica la *probabilità* sociale. È la storia del mucchio di grano che a ogni chicco che se ne toglie rimane un mucchio; un sistema raffinato di morale intima può tener conto delle più piccole variazioni psicologiche, ma il diritto deve comandare con un taglio netto. Un diritto diverso secondo i diversi casi sarebbe l'ideale; ma un ideale fuori della vita.[77]

La CLASSIFICAZIONE DELLE NORME LEGALI è stata tentata in tutti i tempi, perchè il bisogno di classificare e ordinare sorge appena è grande il numero dei fatti osservati e delle notizie trovate.[78] Ma ogni classificazione suppone logicamente un criterio secondo il quale distinguere e coordinare gli oggetti classificabili; e quale è questo criterio nel diritto? La storia dice che non fu sempre lo stesso. Le XII Tavole romane, anche secondo la critica più recente, cominciano con la parte procedurale e con le parole *si in ius vocat ito,* e continuano con un ordine il cui criterio non è possibile trovare; l'Editto Pretorio, compilato da Salvio Giuliano, tratta nel suo primo titolo dei magistrati municipali,

---

[77] Veggasi il § 11 in fine e il § 18 in fine.

[78] Maine *La coutume prim.* capo XI; Cogliolo *Saggi di evoluzione* capi XI e XIII.

nel secondo della giurisdizione del pretore, nel terzo *de edendo* e nel quinto *de in ius vocando;* il Digesto Giustinianeo, dopo alcuni titoli di concetti preliminari, tratta dei magistrati e di altre cose processuali; la *Lex Salica* dei Germani s'occupa per prima cosa della citazione in giudizio; il *Senchus Mor,* principale codice irlandese, si compone quasi tutto di regole sopra la *saisie* ch'era il modo per costringere una persona a venire in giudizio; il codice indiano di Manou, che è probabilmente un compendio dell'insegnamento giuridico proprio di una scuola organizzata sul modello di una gens o clan, descrive prima il meccanismo dei tribunali e poi considera i varii istituti giuridici sotto l'aspetto di *capi di litigio.* Questa osservazione comparativa, e che mostra che l'*actio* precedeva nell'ordinamento delle norme l'*ius,* è spiegata con il concetto che nei popoli primitivi l'idea del diritto non vive a sè e in forza della sostanza del rapporto giuridico, ma come una conseguenza dell'azione accordata dalla legge e della protezione data dal giudice.

Le istituzioni di Gaio e di Giustiniano rappresentano un sistema più evoluto ponendo in ultimo le azioni, e concependole perciò come un accessorio di realizzazione e garenzia dei diritti sostanziali; esse divisero tutte le norme nelle tre caselle di *personæ, res, actiones.* Nel medio evo prevalse il così detto *metodo legale,* cioè il trattare il diritto secondo l'ordine dei codici di Giustiniano, mentre il Donello (1527-1591) propose un ordinamento sistematico, ed oggi i giuristi di Europa hanno adottato uno schema comune che, tolte poche differenze, tratta prima la parte generale o le regole comuni a tutti gli atti compresa la teoria delle azioni, e poi i varii istituti, cioè i diritti reali, le obbligazioni, la famiglia e le successioni.

Quest'ultimo metodo è ormai tanto radicato nella

nostra tradizione che sarebbe difficile non seguirlo, nè d'altra parte può seriamente essere contestato perchè si fonda sopra concetti di esatta logica; difficoltà possono incontrarsi e vantaggiose innovazioni potrebbero forse farsi nell'applicazione del concetto e nell'interno ordinamento di ogni istituto. Ma logicamente parlando precedono le norme generali a tutti gli atti giuridici, e poi seguono le norme speciali a un genere particolare di essi atti. La divisione loro in ISTITUTI GIURIDICI è quello che in logica si dice *genus,* ed è fondata sopra lo scopo comune pratico di ognuno di essi: la intrinseca differenza fra i diritti reali e i personali fa che la *Proprietà* con gli altri *iura in re* sia un genus diverso dalle *Obbligazioni;* forma un istituto a sè la *Famiglia,* tanto per gli effetti sui beni quanto sui vincoli personali; e infine si hanno gli atti a causa di morte o *Successioni,* perchè la loro natura specifica li distingue dai singoli diritti personali o reali che pongono in essere. Questo ordinamento è a grandi linee, ma poi internamente può essere riordinato, e questo è l'oggetto costante delle ricerche scientifiche; le quali studiando il valore e l'estensione delle varie norme vengono con ciò ad assegnare loro il vero posto logico che devono occupare. È in questo campo che ha importanza la seguente osservazione del Maine:[79] « una classificazione perfetta sarebbe quella che distribuisse le regole legali secondo le reciproche loro relazioni, e fosse perciò fondata sopra un'analisi completa di tutte le concezioni giuridiche.[80] »

---

[79] *La coutume prim.* pag. 492.

[80] Quando si dice *sistema* si parla di un ordinamento logico di concetti omogenei, per esempio giuridici. Il fare un sistema è in questo senso un lavoro di logica; i criterii direttivi son dati dalla logica; e l'utilità è quella (e non è poca) che si può sperare dall'applicazione dei canoni della logica. Ordinare a sistema vuol dire coordi-

§ 15. — Le più generali leggi dell'evoluzione giuridica.

Appena la scienza scopre che in un certo ordine di fenomeni per esempio giuridici è continuo il progresso, sorge il problema che domanda se questo va-

---

nare tra di loro i concetti di una certa disciplina, raggrupparli per affinità intrinseca od esterna, trovarne il legame di discendenza, e da quelli particolari e concreti salire mano mano ad alcuni principii generalissimi e comprensivi di quelli che sono subordinati. Fare un sistema è qualche cosa di più che classificare e aggruppare; i criterii per incasellare minerali e piante sono esterni, visivi, distinti; ma nei concetti giuridici oltre il classificare vi è la interna discendenza e la corrispondenza reciproca di causa e di effetto, sì che la classificazione si eleva ad organismo, l'ordine a sistema. Quali saranno i criterii direttivi secondo cui ordinare e sistematizzare i concetti giuridici? Possono essere molti, e la difficoltà è nella scelta. Fissare questi criterii è un lavoro di *diritto;* trovatili, fare secondo essi il sistema, è un lavoro di *logica.* Questi criterii *giuridici,* che devono in via preliminare essere ricercati, presuppongono alla loro volta un lavoro su la estensione, l'elasticità ed il valore delle diverse norme giuridiche. Nella teoria delle servitù, per esempio, sono molte regole, come quella della inalienabilità, della causa perpetua, dell'*in faciendo consistere nequit,* ed altre ancora; suppongasi che della causa perpetua si dimostri vero un concetto più largo di quello comunemente esposto, e che invece l'alienabilità sia ammessa entro certi limiti, e che le servitù se non possono consistere direttamente in un *facere,* possono però esser congiunte con certe prestazioni che sono più personali che reali: in questo caso dovrebbe mutarsi l'assolutezza e la formulazione delle regole predette, e se ne ricaverebbero alcuni criterii giuridici e direttivi, i quali muterebbero l'interno sistematico organamento della teoria delle servitù. Questo lavorio, se fosse fatto sopra tutte le parti del giure privato, ne muterebbe il sistema; giacchè il sistema non sta solo nell'architettura esterna (come proprietà, possesso, famiglia, ecc.), ma eziandio e principalmente nella connessura e disposizione interna, e nell'attribuire a ciascuna norma il preciso coefficiente della sua forza e della sua applicabilità. Inteso in tal modo il *sistema,* appare che non può mai essere supplito dal *commento;* e questa contrapposizione del commento al sistema, mostra ch'essi sono due termini antitetici; la via percorsa dal com-

riare ed evolversi si fa secondo alcune leggi, e se queste leggi si possono conoscere. Credere che c'è un ente superiore che presiede ad un tale movimento, o credere ch' esso avviene per una forza e una *lex legum* inerenti ai fenomeni stessi è far della fede e non della scienza, perchè mancano quelle prove alle quali la mente dà un valore logico. Ma che d'altra parte il progresso d'ogni cosa non sia caso fortuito nè arbitrio umano, bensì dipenda da una combinazione di forze e di fatti, è cosa che corrisponde al modo di essere che si osserva in tutto. In questo senso l'evoluzione giuridica ha le sue leggi: dire che i codici sorgono in un popolo in quel periodo nel quale le consuetudini e le norme sono numerose e stanno per corrompersi, è dire una legge evolutiva; che il diritto è da prima formato nella gens e nella famiglia e a poco a poco se ne occupa lo stato, è un'altra legge; che l'esecuzione delle sentenze è prima personale e poi reale; che nelle forme processuali si incarnano i rapporti giuridici antichi; che tutte le forme si modificano semplificandosi e passando per uno stadio in cui c'è il *simulata pro veris;* sono altrettante leggi dell'evoluzione giuridica. Molte sono già note, ma molto è ancora da farsi in questa via; la storia del diritto, l'archeologia giuridica com-

---

mento è, per sua natura, inadatta al raggiungimento dello scopo di organare e precisare le varie norme giuridiche, imperocchè prende le mosse proprio da quel punto, in cui bisognerebbe fermarsi a lavorare. Il vero sistema non è adunque un indice schematico da seguire od un casellario vuoto da riempire, ma è l'ordinamento scientifico della materia giuridica, è il dare precisione e limiti ai varii concetti; è il fissare il valore e la potenza delle varie norme; è l'intrecciarle e subordinarle in modo che ciascuna abbia il suo posto adeguato, e non si estenda a danno di altre; è il trovare i principii generali e fondamentali su le successioni, su le servitù, su le traslazioni di proprietà; è lo scoprire i punti oscuri e contraddittorii o deficienti; è l'armonizzare le tendenze opposte di due istituti, precisare il linguaggio, e insomma formare la *scienza del diritto.*

parata, e la sociologia contribuiscono a questa ricerca. E che rapporto ha con la filosofia del diritto? se la filosofia è la più generale e alta ricerca che si possa fare sopra un ordine di fenomeni, è evidente che essa indaga pure le più generali leggi dell'evoluzione, le quali però non sono l'unico suo compito. Per esempio sopra le forme del diritto le alte domande son due: che funzione ha la forma per il diritto e per la società? con quale legge le forme variano e si trasformano? ambedue sono domande filosofiche, ma solo la seconda riguarda l'evoluzione giuridica.

Dunque le universali leggi del progresso del diritto sono cercate e studiate dalla filosofia del diritto, e questa ricerca e questo studio sono possibili e hanno già dato molti resultamenti; una grande parte delle osservazioni contenute in questo libro, in ispecie quelle su le Fonti giuridiche su le Formule su la Proprietà e simili, non sono che leggi generali evolutive.

Il problema ora posto e risoluto affermativamente è molto diverso da un altro, col quale spesso è confuso con grave danno di questi studii; e quest'altro è se oltre alle leggi *tecniche* e *specifiche* dell'evoluzione giuridica si possono trovare applicabili al diritto alcune leggi universali governanti tutto il mondo. L'ipotesi del Darwin, che ha grande probabilità e prove nei fenomeni biologici e in ispecie nello svolgimento dei vegetali e degli animali, può essere assunta a ipotesi universale? Il problema è serio, e forse non per ora risolubile: ad ogni modo esce dai limiti della filosofia del diritto.

§ 16. — Il metodo negli studii giuridici.

Questa del metodo è una quistione filosofica, non perchè attenda la sua risoluzione da una filosofia di-

versa dalla scienza, ma perchè è comune a tutte le varie discipline del diritto. Fino a pochi anni fa gli scrittori di cose giuridiche sentivano il bisogno di parlare del metodo, e affermare la necessità di averlo *positivo* e *sperimentale* e non *speculativo* o *metafisico*: ma fu una fase che larvava un rivolgimento più grande nel pensiero moderno, e opponeva la ricerca dei fatti alle astratte teorie del passato. La si disse questione di metodo, ma era una questione di idee e di sostanza: le scienze giuridiche e le filosofiche e le sociali erano piene di concetti inventati dalla fantasia vestita con i panni del ragionamento, e vollero poggiarsi sopra una base più solida, che è l'osservazione della vita e della realtà delle cose. Di ciò oggi non è più a parlare: si è tutti di accordo nel pensare che qualunque teoria deve nascere dallo studio dei fatti umani e sociali, e che ogni altra fonte di opinioni non genera sapere e conoscenze, ma divinazioni più o meno infelici. E malgrado questo accordo le difficoltà non sono sparite: come cercare e interpretare i fatti? risorge o meglio sorge la vera questione del metodo. Si entra allora nel territorio della scienza logica; imperocchè le discipline politiche non hanno un metodo diverso da quello delle sociali e delle giuridiche, ma hanno solo *fatti* diversi che si devono esprimere e ridurre a idee con un metodo unico, il *metodo logico*. Il quale ha una forma teorica molto semplice: raccogliere tutti i fenomeni di un certo genere; depurarli; scomporli; compararli; indurne i concetti; coordinare questi concetti e formularli in principii generali; da essi dedurre alcune norme secondarie; e queste riprovare con l'esperimento o con l'osservazione nella realtà delle cose. Questo è tutto ciò che la logica può insegnare, dando le regole per una buona comparazione, per una buona induzione e per una buona deduzione; ma praticamente è un lavoro

così difficile e lungo che ogni scienza ha bisogno di secoli per formarsi. Per ciò che concerne il diritto è necessario osservare che la materia da studiarsi è per sua natura molto diversa dalle altre scienze; imperocchè non si tratta di esaminare fenomeni esterni e viventi di propria vita, ma si ha dinnanzi un complesso di norme sorte lentamente con un lavorio secolare. Nella maggior parte dei casi è inutile cercare la utilità sociale di una certa norma giuridica: ormai questa norma c'è, e si tratta solo di vederne tutta l'estensione, trarne tutte le conseguenze, coordinarla con altre. Nel diritto civile privato ciò è molto più comune che nelle scienze ancor giovani del diritto pubblico; quel diritto si trova infatti ad essere oggi così maturo per tempo e per diecine di secoli di studio, che la mente umana ha con i mezzi logici fatto un lavoro completo sopra le norme prime, e ha indotto dedotto coordinato generalizzato tanto, e tanto formulato, e tratto tante conseguenze che è immenso l'insieme delle norme giuridiche. Quando un popolo è giovane, per prima cosa si crea le regole delle sue azioni: e in questo creare concorrono la spinta dei bisogni, la fortuna di avere ingegni acuti, il possesso di una lingua adatta, l'esperienza presa da civiltà vicine, e la tendenza stessa del popolo a sapere prontamente dare forma e direzione ad una necessità impellente. Questa fu la gloria dei giuristi romani fino ad Augusto. Ma quando queste norme sono create, il lavoro della giurisprudenza diventa per massima parte *logico;* bisogna trovare la parte comune a più regole e farne una sola regola generale; dare a questa una espressione in parole che corrisponda meglio al concetto; e così salire a un insieme di idee generalissime o *principii,* i quali sotto forme generali contengono il maggior numero di possibili applicazioni. Il divario grande fra il diritto pri-

vato e il pubblico riguarda appunto i principii: questo ne ha ancora pochi, e l'osservazione dei fatti occupa per ora la mente degli scienziati; in quello invece l'osservazione fu fatta da secoli, ed ora la sua scienza possiede un numero immenso di principii giuridici. Il segreto dei grandi giuristi, sia teorici e sia pratici, è possedere questi principii: l'analisi dei testi, l'esegesi delle fonti, lo studio diretto dei bisogni pratici e delle condizioni economiche sono cose buone a farsi, ma non sono la cura unica del giurista vero; egli deve conoscere profondamente i *principii giuridici,* i quali gli permettono di risolvere qualunque questione e qualunque fattispecie. Il principio è logicamente il più forte condensamento di materia concettuale; tutte le norme speciali già formulate e tutte quelle che una concreta specie di fatto può far formulare sono contenute nei veri principii giuridici:[81] sapere questi è sapere potenzialmente tutto il resto. Questo bisogno ha dato luogo in tutti i tempi a un ammasso di ditterii forensi e massime tradizionali, i quali con la forma memnonica erano sempre ricordati. Chi infatti dimentica che *quod meum est amplius meum esse non potest?* che *quod nullum est nullum producit effectum?* È a tutti noto il grande danno di questi ditterii: rappresentando una forma universale trovata dall'uso o dalla coscienza popolare dei giuristi, sono di una gene-

[81] Nel linguaggio didattico l'esposizione dei principii fondamentali si dice *corso di Istituzioni.* È molto significativo il fatto che nelle università vanno aumentando (in ispecie per la Giurisprudenza e per la Medicina) i corsi di Istituzioni: per quanto le ricerche monografiche, i lavori esegetici, le osservazioni microscopiche, lo studio positivo e completo di un ordine piccolo e speciale di fatti sieno la forza delle scienze moderne, pure si sente il bisogno di coordinare logicamente le notizie e le conoscenze, fare la sintesi logica delle analisi minute, e con corsi istituzionali far sì che negli studii universitarii si apprendano i *principii* di ciascuna scienza.

ralità spaventevole e conducono a false conseguenze. Ma non c'è alcun rapporto fra questi ditterii e i principii giuridici; questi sono trovati dalla scienza, fra loro coordinati, e aventi una formula precisa che impedisce la loro esagerata estensione. Quando oggi si dice che il metodo dell'odierno diritto civile deve cessare di essere *commentario* e divenire *sistematico*, abbandonare l'imitazione francese e avvicinarsi al modo germanico di trattazione, non si vuol dire altro che bisogna trovare precisare formulare i principii del giure privato, coordinarli fra loro, e riassumere in essi le svariate e numerose norme giuridiche. Con ciò non si nega che in alcune parti si debba esaminare i bisogni reali del popolo, e provvedere loro con saggie riforme; e tanto meno si nega che nella legislazione così detta sociale (della quale v'è tanto bisogno) si debba lasciar da parte i concetti del diritto privato e ispirarsi alle necessità di un popolo moderno; ciò non lo si nega, ma si dice che quando si tratta di *puro* diritto civile privato, allora si ha a che fare con rapporti di fatto uguali a quelli di molti secoli fa; e che perciò è puerile esaminare i bisogni economici e sociali, quando ciò si è già fatto in altri tempi; e che ora l'organismo del diritto civile nelle sue parti meramente private è così complesso e completo, da rimanere a noi come precipuo compito quello di studiarne e fissarne il sistema.

Qualche cosa simile è avvenuta nell'economia politica: la tendenza dei così detti socialisti della cattedra e prima ancora l'indirizzo storico del Roscher predicarono il concetto di un'economia *nazionale*, relativa cioè ai tempi e ai luoghi; ma il Cairnes il Ievons il Mengel e altri sostennero potersi studiare con metodo *logico* quella parte di norme che è comune ai popoli di una certa civiltà. È certo che le condizioni del mo-

mento possono essere cause perturbatrici dei fenomeni normali; ma è pur certo che dato un sistema economico di proprietà privata, come è nell'Europa moderna, sono alcune norme fisse che si debbono studiare, formulare, e ridurre in principii. Chiamarle le *leggi naturali* dell' economia politica non è alludere a leggi prestabilite da un ente superiore, ma è dire che date le stesse condizioni semplici di vita economica si hanno invariabilmente quelle leggi.

Predicare un metodo *positivo* per contrasto al metodo *speculativo* è far delle parole e non altro, perchè senza speculazione cioè senza logico ragionamento i fatti son muti. Sul disprezzo alle astruserie a priori è inutile insistere, perchè si è tutti d'accordo; ma non si esageri, e non si disconosca che il metodo *logico*, con tutti i mezzi induttivi e deduttivi, è il vero metodo che è positivo e speculativo nello stesso tempo; è cioè l'unico metodo *scientifico*.

Libro Secondo.

LE ISTITUZIONI DEL DIRITTO PRIVATO.

Capo I. — I DIRITTI SU LE COSE.

§ 17. — **Come la proprietà individuale sorse e come crebbe.**

La scienza moderna ha con molte ricerche, in ispecie comparando popoli e tempi diversi, assodato un fatto sul quale nessun dubbio è più possibile, che cioè la prima forma di proprietà fu la comune e che perciò non fu sempre conosciuta la proprietà individuale. Il territorio occupato da una primitiva società era goduto e coltivato da tutti assieme; fu già un progresso dividerlo in lotti e darlo in uso a varie famiglie, le quali dopo un periodo breve di anni o si scambiavano le reciproche porzioni o tornavano a fare una massa comune ed una nuova divisione.[32] Di questo stato di cose rimase traccia anche in tempi civili, ed oggi in Italia sono le *Partecipanze* di Pieve e Cento le quali continuano col si-

[32] Sono innumerevoli i libri che hanno studiate le forme di proprietà presso i varii popoli; quelli che concernono i Germani antichi ne formano la gran parte. Filosoficamente importa solo il resultamento finale, che cioè la proprietà collettiva esistette e precedette la individuale: il numero immenso di prove appartiene alle singole scienze.

dei lotti periodici. Ma se la proprietà delle terre
nciò con l'essere collettiva, non può altrettanto
ella proprietà delle cose mobili, come frutti frec-
iti e cose simili; la tendenza ingenita di appro-
ele e impedirne l'uso alle altre persone potè per
e mobili generare subito il dominio individuale,
lo facile difenderle con la propria forza.
l crescere di un popolo in civiltà e numero la
di proprietà comune non può essere più adatta;
uendosi alla pastorizia l'agricoltura e questa fa-
si sempre più intensiva, la terra richiede persone
bbiano interesse a coltivarla arando e seminando.
reni infatti che più a lungo rimasero in comune
o quelli destinati al pascolo, e presso i Romani
conosciuta la proprietà individuale (*heredium*) ma
sero i *bona compascua*. Il passaggio dall'una al-
ra forma fu la proprietà esclusiva prima d'ogni
o comunità di villaggio e poi d'ogni famiglia: ral-
ndosi i vincoli agnatizii e crescendo la forza au-
ma del pater, ne venne fuori il dominio individuale.
l'appropriarsi i fondi sia avvenuto in origine per
zo di una armata o pacifica occupazione, o per
zo di assegnazioni viritane fatte dai re, o per l'una
altra cosa assieme, poco importa: ciò che importa
he la proprietà divenne prima esclusiva di tutta una
iglia e poi di un solo individuo. Nei popoli ariani
li quest'evoluzione fu completa,[83] e quasi tutto (non
to) il territorio europeo è in potestà di individui.
Ogni evoluzione adunque va dalla comunità all'indivi-
duo, e perciò la proprietà individuale è l'istituto dei
popoli civili, i quali tutta la loro economia il loro di-

[83] L'istituto del *feudalesimo* non ha rapporto con il fenomeno evolutivo della proprietà, ma rappresenta la risultante fra le molte terre incolte possedute dai liberi e il molto bestiame e denaro posseduti dai signori.

ritto il loro progresso la loro moralità la loro scienza agricola e la loro industria hanno basato sul *dominium unius* e non sul *dominium omnium:* veggano adunque i volgari socialisti quanto le loro aspirazioni urtino con la storia, e mirino a farci tornare nella barbarie.

La proprietà è una istituzione economica e sociale; diventa giuridica solo quando se ne considerano le norme per i rapporti di appartenenza privata. La storia dell'agricoltura; la storia economica di un popolo; la storia della civiltà contengono la storia della proprietà. Basterebbe questa osservazione per mostrare l'errore di quei sistemi filosofici, i quali da un concetto logico e razionale vollero trarre la natura e la base di questo istituto.

Una particolare attenzione meritano quei diritti popolari che rimasero sopra i beni dei municipii o dei privati, e ai quali furono dati nomi diversi come legnatico boscheggio vagantivo erbatico ademprivi e altri simili: tutti si comprendono con la parola *usi civici.* In Italia furono per la maggior parte aboliti: nel 1776 in Toscana; nel 1806 a Napoli per opera del governo di Murat; nel 1865 nella Sardegna; nel 1859 e 1882 nel Veneto; ed una legge li dovrà abolire nelle provincie ex-pontificie. Non molti anni fa l'avversione degli scrittori e uomini di stato per questi usi civici era immensa; li dicevano avanzi del regime feudale, dannosi ai progressi agricoli, indegni della civiltà moderna. Ma la scienza, i cui resultamenti si sono riassunti nel principio di questo paragrafo, ha mostrato che questi diritti popolari sono una forma residua di un'antica proprietà collettiva: a lato della crescente e invadente proprietà individuale rimase in tutti i secoli quella comune sopra i terreni montuosi, i quali non possono meglio godersi che con pascoli collettivi: gli usi civici rimasti oggi sono infatti nelle regioni alpestri degli Appennini. Carlo Cattaneo parlando del bonificamento di Magadino disse

molto bene così: « Questi usi non sono abusi, non sono privilegi, non sono usurpazioni. È un altro modo di possedere, un'altra legislazione, un altr'ordine sociale che inosservato discese da remotissimi secoli fino a noi. Mentre l'agricoltura è surta sul principio romano della libera e piena proprietà privata, la pastorizia si fonda ancora sulla tradizione di genti più antiche, le quali avanti l'era romana usufruttavano la terra in vaste comunanze, estese a intere valli e catene di monti. Sono i discendenti di un intero popolo che giusta la legge celtica pasceva i suoi bestiami in tutta l'ampiezza dei suoi confini. »

Questi usi civici popolari essendo adunque un resto dell'antico diritto di proprietà comune e non l'effetto di violenti abusi o di concessioni feudali, le leggi abolitive devono dare al popolo utente una corrispondente indennità. E questo diritto dello stato di abolirli è sempre giustificato? se si trattasse di terreni fertili e coltivabili, è chiaro che quei vincoli impedirebbero al proprietario una buona cultura e genererebbero molti danni economici; ma sui monti ove il regime del pascolo è e sarà la principal cosa, ed ove il freddo le roccie la natura del terreno rendono impossibile attuare i progressi dell'agricoltura intensiva e quindi la sola pastorizia vagante potrà trarne vantaggi, i diritti popolari sono giustificati dal fatto che in tali condizioni la forma di proprietà più adatta è la collettiva.[84] Vi è poi il lato sociale della questione: perchè privare interi paesi poveri dell'unico modo di sussistenza a vantaggio dei pochi proprietarii? Il Leveleye (*La propr. prim. dans les Townships* 1885) dice così: « La proprietà collettiva mentre impedisce i due estremi del frastagliamento[85]

[84] Veggasi il volume XI dell'*Inchiesta agraria* capo XVII.

[85] Questo è in genere, ma può non essere: le partecipanze di Cento e Pieve informino!

eccessivo dei beni ed il latifondo, permette ai villani l'esecuzione di lavori sopra terre di loro dominio; dà una base alla famiglia; lega il campagnolo alla terra col vincolo dell'interesse e ne impedisce la emigrazione; offre alle famiglie un soccorso meno abbietto di quello proveniente dalle leggi sui poveri e dalle case di beneficenza; inizia alla vita pubblica gli abitanti del villaggio, i quali nelle loro assemblee generali regolano l'amministrazione del loro dominio collettivo; contribuisce infine a mantenere fra gli uomini una più grande eguaglianza, condizione essenziale per lo stabile assetto della democrazia. »

§ 18. — La proprietà nelle teorie giuridiche.

Mentre il progresso dei popoli partì dalla comunione dei beni e andò via via verso un sistema di proprietà individuale, le teorie degli scrittori furono sempre in lotta per dare un fondamento razionale a questo fatto costante. Il Grozio disse che si abbandonò la *communio bonorum primæva* per mezzo di un contratto tacito (occupazione) od espresso (ripartizione delle terre). Il Locke e molti altri giustificarono la proprietà come resultato e premio del lavoro umano; Montesquieu la disse creata dalla legge positiva;[86] altri vollero di un'istituzione sociale trovare la causa in un puro concetto della mente; altri ancora dissero la proprietà il campo esterno nel quale opera la personalità dell'uomo, e perciò essere quella inviolabile come è questa.[87] Ma è strano che si voglia trovare una sola e semplice causa di un'istituzione così grande e varia: la proprietà pri-

[86] Robespierre nella Costituzione del 1792 definiva la proprietà: « il diritto che ha ciascun cittadino di godere la porzione dei beni che gli è garantita dalla legge. »

[87] Miraglia *Filosofia del diritto* I 161.

vata è un *fatto sociale* che hanno tutti i tempi e popoli civili. Essa sorge e si sviluppa con la civiltà, e su di essa tutta la civiltà è fondata. Non è in ciò la sua migliore giustificazione? perchè cercare concetti del tutto speculativi, quando nel fatto stesso e perchè *fatto* è la legittimità dell'istituto? La *costanza* di questo fatto presso *tutte* le nazioni progredite è eloquente quanto ogni altro ragionamento filosofico. Le cause che generarono la proprietà individuale sono quelle stesse che generarono il progresso, cioè molte e complesse, e non una sola e semplice: la natura dell'agricoltura intensiva, differente dalla pastorizia vagante; le esigenze del lavoro umano; la tendenza nell'uomo ad appropriarsi le cose ad esclusione di altri; la costituzione del consorzio sociale; lo sviluppo parallelo della famiglia, dell'individuo e dello stato; questi e gli altri fattori della civiltà furono le cause della proprietà individuale. Questa istituzione ha dunque nei fatti la sua base solida, e non ha bisogno di teorie concettuali che la spieghino; delle quali si può scorgere la inutilità e non verità se si considera che quasi ognuna delle scienze sociali studia da un particolare aspetto la proprietà individuale e ne mostra uno dei molti vantaggi al progresso: così l'economia politica insegna ch'essa aumenta la produzione delle ricchezze; la sociologia ne mette in luce gli effetti sopra l'istituto famigliare; il diritto pubblico vi vede la possibilità del concetto moderno e organico dello stato. La ricerca dunque delle cause e delle conseguenze della proprietà individuale è fatta da molte scienze particolari, e la filosofia non ha l'obbligo di ridurle tutte sotto un solo principio concettuale,[88] ma deve appagarsi di constatare un fatto che è la base necessaria della civiltà del mondo.

---

[88] Il Kant per esempio esaurì il tema dicendo che *la proprietà è l'espressione di un giudizio sintetico a priori pratico.* (Secondo il Kant

Ogni istituzione tendendo ad espandersi con danno delle altre, anche la proprietà individuale generò spesso alcuni effetti nocivi alla società, come le esagerate lotte fra il capitale e il lavoro e i colossali ammassi di ricchezza in potestà di una sola persona; i socialisti vecchi e nuovi hanno su questi mali costruito le loro teorie nemiche al dominio privato, e la guerra degli scrittori è qualche volta scesa nei comizii e nelle rivoluzioni. Ma il rimedio proposto, cioè l'abolizione dell'istituto, non fu proporzionato alla malattia, come se si recidessero le gambe per non avere dolori agli arti di esse. Aveano ragione i socialisti di gridare contro quei concetti esageratamente individualisti dei secoli scorsi, ma la natura che oggi si dà allo stato garentisce la possibilità di riforme sociali benefiche: lo stato può porre alla proprietà tanti limiti [89] quanti sono opportuni in un certo tempo, e non si può nascondere che le società moderne hanno il dovere di pensare più sul serio a fare una buona *legislazione sociale*. Spetta all'economia politica studiare e giustificare alcuni fenomeni che presentano una certa difficoltà, come la rendita fondiaria, il rapporto del lavoro con la materia prima, la concorrenza industriale, la proprietà delle case nelle città piene di abitanti, e altri che sono veri problemi per la società presente; ma filosoficamente non può dirsi altro che la proprietà è un fatto connesso con il progresso, e lo stato ha il diritto verso di essa che ha verso tutte le forze sociali: moderarle cioè, limitarle, convertirle, secondo che è opportuno che si faccia.

È molto diversa e più tecnica la ricerca come il diritto abbia costruito la proprietà in edificio giuridico, perchè i fatti sociali hanno avuto nelle leggi e

---

il giudizio sintetico a priori è quello nel quale il soggetto è un elemento sensibile, ed il predicato è una categoria pura intelligibile.)

[89] Se ne parla al § 21.

nei giuristi un certo ordinamento che dà loro la forma e la forza nei rapporti privati fra i cittadini. È quella che dicemmo la parte logica e tecnica della giurisprudenza, e che suppone l'esistenza dei fatti: non si occupa più di spiegarli e giustificarli, ma di ordinarli e regolarli acciocchè servano allo scopo che la società ha loro indicato. Col che si fa sempre più manifesto essere il diritto un lavoro di formulazione mentale, che dai fatti prende la materia e dal ragionamento prende la veste e la sua specifica parvenza esterna.

Il modo più individuale e assoluto di concepire il dominium si trova presso i Romani, i quali lo hanno figurato in una piena potestà dell'uomo sopra le cose; ciò non ha loro impedito di porre limiti in riguardo ad alcuni beni speciali o ad alcune persone protette (donne, minori, interdetti) o alle forme riconosciute di alienazione (mancipatio, in iure cessio e altre), ma entro questi limiti il diritto di proprietà era autonomo. Non si può infatti dire quali usi ognuno può fare delle cose proprie, ma tutti quelli ch'egli sa e vuole, fino alla potestà di vendere la cosa o in qualunque modo consumarla e distruggerla.[90] Questa *plena in re potestas* (Just. II 4, 4) è dunque per sua natura *illimitata* e *indeterminata* di fronte al diritto: nel fatto poi l'uso delle cose è fissato dall'interesse proprio, dall'affetto per alcune persone, dai costumi e dalla morale, ma a tutto ciò è estraneo il diritto. Questa costruzione giuridica è passata nelle legislazioni moderne[91] ed è un

---

[90] Vico (*De universi iuris uno principio* § 72): *qui dominus est is suæ rei est moderator et arbiter, eumque adversus vim et iniuriam tueri potest si velit; qui liber est dominus est saltem suæ libertatis.*

[91] L'articolo 436 del codice civile italiano dice: « La proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti. » Sembra la definizione che della *libertà* dà il Digesto I 5, 4 pr.: *libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur.*

principio cardinale delle nostre società: l'uso indeterminato delle proprie cose è un lato della libertà del cittadino,[92] e mentre gli altri diritti (contratti, famiglia, dote) sono diretti ad uno scopo fissato nel porli in essere, il diritto di proprietà è diretto allo scopo vasto e formale di garentire la libertà sulla cosa e punire le violazioni altrui. Per un interesse più generale può lo stato porre limiti e persino togliere la cosa (espropriazione forzata),[93] ma *entro* questi confini vive la plena in re potestas.[94]

La legge offre dunque le norme giuridiche non per l'uso delle cose, ma per proteggere quest'uso in tutte le sue esplicazioni; con la teoria dei modi di acquisto garentisce l'origine e i passaggi della proprietà; con l'actio negatoria impedisce le ingiuste pretese degli

---

[92] Il rapporto fra *proprietà* e *libertà* ha bellamente espresso il Troplong (*Des donations*) così: « L'histoire prouve que toutes les fois que la liberté civile est comprimée ou mise en question, la propriété et par conséquent le testament sont sacrifiés à de tyranniques combinaisons. » Riveggasi la nota precedente.

[93] Gaio (I 53) dice *male enim nostro iure uti non debemus*, e Giustiniano (*Inst.* I 8, 2) dice *expedit rei publicæ ne sua re quisque male utatur;* ma sono frasi generali per indicare la facoltà nello stato di porre i limiti necessarii per l'interesse generale, e non escludono che *entro* quei limiti abbia l'individuo il così detto *ius abutendi*. Si vegga: D. IV 4, 41; II 14, 46; VI 1, 70; XXIII 4, 20, 1; Cod. I 9, 9; Cod. IV 35, 21 (ove il dominus è detto SUÆ REI MODERATOR ET ARBITER). Il ditterio dei glossatori era: *dominus soli est dominus cœli et inferorum.* Ciò è ripetuto dall'art. 440.

[94] Bartolo definì così: *dominium est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lex prohibeatur* (Lectura super part. pr. digesti novi alla legge si quis vi del titolo De acq. poss.). Definizione copiata da quasi tutti gli scrittori medioevali; fra i quali si fece strada la facoltà dell'abusare delle cose proprie, e nell'Hotomanus (*Comm. de verbis*) si trova per la prima volta la celebre definizione: *dominium est ius ac potestas re quapiam tum utendi tum abutendi, quatenus iure civili permittitur.* La *facultas abutendi* non è parola romana, ma è concetto romano e necessario alla proprietà: i socialisti non possono temerne, perchè tale facultas è *entro* i limiti posti dallo stato.

altri; con la rei vindicatio fa riavere il possesso passato nei violatori. La proprietà pongono i giuristi a fondamento del DIRITTO REALE il quale come *ius in re* genera un'azione reale, che può intentarsi contro chiunque possegga l'oggetto di un altro.

Nel concetto che il dominio è un vincolo giuridico fra una persona ed una cosa il diritto ha raggiunto il più lontano stadio di evoluzione, riconoscendo la persistenza di quel vincolo anche quando non si ha più il contatto e il possesso della cosa. Nella origine della giurisprudenza ciò non potè essere, perchè la proprietà era il legittimo godimento della cosa per quanto fosse già compresa come un *negotium iuris;* ma dalla teoria dell'azione rivendicatoria uscì fuori l'idea del dominio che dura sparito il possesso, e così questo diritto reale assunse la figura di un diritto generale sui beni che vive anche quando non sono più nel proprio potere. E non sòlo vive pel tempo necessario a introdurre l'azione, ma vive indefinitamente: se non che altre istituzioni giuridiche (usucapione e prescrizione) vengono in urto, e di fronte a loro il *vinculum iuris sine re* si limita nel tempo (3 o 10 o 20 e 30 o 40 anni, secondo i varii diritti positivi).

Questo che si è esposto è il concetto puro classico generale del dominio, ma nelle varie epoche una certa combinazione di altre norme private o pubbliche creò alcune specie meno perfette di proprietà; il dominio *bonitarium* dei Romani e quello sui fondi provinciali, che *Cæsaris erant* ma *in usu et possessione privatorum;* il dominium *eminens* dell'epoca feudale impacciato coi diritti sovrani e coi diritti inferiori dei vassalli; [95] il dominio *directum* e *utile* dei trattatisti passati

[95] Il glossatore Martino diceva che il dominio di tutto il mondo era dell'imperatore, ma Bulgaro diceva che era tale il *dominium secundum imperium* e non il *dominium secundum proprietatem.* Questa

per l' enfiteusi; il dominio *revocabile* ex tunc e ex nunc dei giuristi. Queste son tutte forme e formule, e nascondono limitazioni o di diritto pubblico o di tecnica giuridica al concetto generale della proprietà; limitazioni dunque o storiche o dogmatiche, le quali furono nell' edificio giuridico costruite come *specie di dominio.* Bisogna sempre ricordare che il diritto è un insieme di norme applicate ai rapporti sociali, ma che questi rapporti mutano per cause che *non sono* quelle norme: quando i fenomeni economici e sociali portarono al sistema feudale si ebbe un buon *diritto feudale,* e quando invece portarono al sistema delle società moderne si ebbe il moderno diritto civile.

Ed è per ciò che la questione della proprietà individuale non è questione *giuridica,* ma è economica e sociale; se un popolo l'ha collettiva, il diritto organizza l' istituto del condominio; se l' ha famigliare, il diritto scopre e crea norme per la famiglia come proprietaria. È in questo senso che si può dire il diritto essere forma, cioè la veste e l' ordinamento giuridico dato alle condizioni sociali della vita del popolo. La *figura giuridica* di un istituto consta di regole tratte dai fenomeni esterni e formulati secondo le norme della logica: il lavoro del giurista è sempre duplice, cioè trovare la regola pei rapporti privati del modo di essere e agire di un fatto a lui estrinseco, e poi porre questa regola in armonia logica col preesistente patrimonio giuridico.

Tornando alla costruzione giuridica della proprietà privata si è detto che il concetto tipico del dominio è una plena in re potestas spinta fino alla facultas abu-

---

teoria deriva da imprecisione di concetti, ma anche dalla difficoltà di applicare le pure norme romane alla vita medioevale. È in senso diverso che l'imperatore Antonino diceva (D. XIV 2, 9): ἐγὼ μὲν τοῦ κόσμου κύριος.

tendi, ma alcuni fatti speciali possono contenere modificazioni a quel concetto. Si sono citate le specie di dominio dei Romani e del medio evo, ed ora è da aggiungere che vi sono istituti particolari che contengono una simile applicazione. Tale è la dote nel diritto romano: di essa era proprietario il marito o la donna? il tipo specifico del dominio non trovasi nè nell' uno nè nell' altra, ed io non vedo nulla di strano nel ritenere che si tratti di una particolar forma di dominio. Giustiniano in questo caso disse che il marito avea il *dominium civile* e la moglie il *dominium naturale;* è distinzione scolastica, ma che accenna a questo non trovarsi in una sola persona tutti i requisiti soliti della proprietà. Quando una certa cosa (la dote) non deve essere socialmente ed economicamente in balía di un solo, ma ci vuole che più persone concorrano nel disporne, e d' altra parte non deve uscire dal rapporto di appropriamento e diventare di tutti, allora si ha un *fatto* diverso dagli altri e diversa dev' essere la sua figura giuridica; perciò nasce l' istituto della *dote,* il quale è un istituto a sè appunto perchè non è puro dominio, non puro usufrutto, non pura amministrazione. Neppure il codice italiano è esatto quando dice che il marito è usufruttuario e amministratore della dote; egli è qualche cosa di più, ed è per fissare i suoi diritti che c' è l' istituto particolare della dote.

Un' altra diversa specie di dominio è quello che il possessore di buona fede ha sopra i frutti; egli infatti ha per diritto romano il diritto di consumarli, ma se non lo ha fatto e sono extantes può chiederli il proprietario della cosa. Vi è tra i giuristi disputa grave per spiegare queste norme, e la opinione comune che il possessore di buona fede diventa proprietario dei frutti con la loro separazione ha non pochi oppositori; infatti se è proprietario, perchè non consumandoli deve

restituirli? e se non è proprietario, come può consumarli ed esercitare la facultas abutendi? Il tipo generale non c'è, ma c'è una particolar specie di dominio, determinata appunto dall'istituto del possesso di buona fede.

Mirabilmente è riuscito il diritto a dare forma ad un rapporto che nel fatto avviene spesso, cioè la società di più persone nella proprietà di una cosa non divisa. Si trattava di rispettare il fondamentale principio del dominio privato e nello stesso tempo regolare quest'uso collettivo di beni. Il *condominio* (sia volontario sia ereditario) è l'istituto giuridico che risponde a questo bisogno; discende dalle antiche norme su la proprietà comune o famigliare e ne mantiene alcune traccie, ma con l'espediente delle quote *pro indiviso* coordina la comunità col predominante sistema del dominio individuale (D. XLI 1, 48, pr.; Inst. II 1, 35 e IV 17, 2).

La costruzione giuridica della proprietà è dunque il miglior ritrovamento di concetti logici per garentirne la forma privata e personale, voluta dalle condizioni sociali e in ispecie economiche d'ogni popolo evoluto.

Ma sul concetto giuridico del dominio come tipo dei diritti reali è da dirsi ancor qualche cosa, imperocchè la definizione di *plena in re potestas* non esaurisce cotesto istituto. A parlare propriamente un diritto fra una persona e una cosa non è possibile, perchè se il diritto è una norma ed una facoltà, gli oggetti materiali non ne sono capaci; il vincolo fra la persona e la cosa è un *fatto* economico e sociale, e diventa giuridico solo per gli effetti che il diritto gli garentisce. E questi effetti si compendiano nella possibilità di rapporti di fronte a *tutti*: è in ciò la nota distintiva dei diritti reali e personali.

Il concetto di proprietà è stato da alcuni così allar-

gato da abbracciare quasi tutti i diritti, e si è parlato della proprietà di servitù di pegno di eredità, cioè di cose incorporali. Come analogia la cosa può passare, ma le manca qualunque precisione scientifica. Se si prescinde dalle note caratteristiche che creano i varii istituti giuridici, e con una esagerata forza di induzione logica si perviene ad alcune idee generalissime, allora si può con uno o pochi concetti sintetizzare tutto un ordine di fenomeni; ma si fa cosa inutile perchè senza contenuto. Con questo metodo l'economia politica potrebbe abolire tutti i suoi fenomeni che sono il capitale il salario il valore e così via, e comprenderli sotto il solo nome di *ricchezza*. La scienza ha invece bisogno di avere molte e diverse categorie per studiarle separatamente, come la vita ha distinti istituti e distinti gruppi di fatti. Quest'errore di *generalizzazione logica* ha fatto dire ad alcuni che il testamento è in ultima analisi un contratto; l'uno e l'altro si possono ridurre infatti ad una manifestazione di volontà, ma nell'uno e nell'altro tale manifestazione prende forme diverse e si esplica in condizioni sue proprie, sì che il testamento e il contratto sono due distinti istituti giuridici.

§ 19. — La proprietà di alcune specie di cose.[96]

Non è solo per desiderio di classificazione logica che i beni furono in ogni popolo divisi in alcune grandi categorie; ma fu per rispondere con diverse norme giuridiche a diversi fenomeni economici. I Romani ebbero prima le res mancipi e nec mancipi, poi le corporali e incorporali, le immobili e le mobili; nel medio evo i

[96] Veggasi il Maine *La coutume prim.* capo X su la classificazione dei beni, e l'*Ancien Droit* capo VIII.

beni erano allodiali o feudali; in Inghilterra si parla di una proprietà (*realty*) reale e di una proprietà (*personalty*) personale; i codici moderni europei si fondano su la differenza fra cose immobili e mobili. E il diritto ha seguito tutta questa evoluzione. Il concetto del dominio è unico, ma prende atteggiamenti diversi secondo la natura delle cose; le mobili infatti sfuggono a molte regole che sono sufficienti per i fondi. Al che si aggiunge che economicamente il valore degli immobili non fu sempre lo stesso: nei secoli passati il possesso della terra aveva un'importanza eccezionale e creava persino diritti politici, mentre oggi la ricchezza tende ad essere sempre più in cose mobili. La costituzione passata degli ordini sociali portava a distinguere i fondi rustici dagli urbani; i liberi dai fidecommissarii e dalle manomorte; e tutte queste distinzioni venivano a generare varie specie di dominio. Chi esamina il diritto germanico antico vede un sistema giuridico di proprietà diverso dal romano; in questo l'individuo ha poteri quasi illimitati, e in quello vi concorrono la famiglia e la comunità, sì che l'alienazione e la consumazione delle cose hanno freni potenti. Erano due diritti ugualmente buoni in rapporto allo stadio di evoluzione economica di quei popoli; novella prova che le norme giuridiche non hanno leggi intime assolute, ma sorgono dalle condizioni sociali del popolo. Il Fichte dice che *noi arriveremo ad un ordinamento sociale della proprietà la quale perderà il suo carattere esclusivamente privato per diventare un' istituzione pubblica;* ciò potrà o non potrà avvenire, ma in ogni caso non vi avranno alcuna parte le regole giuridiche; e se per cause sociali ed economiche la proprietà muterà figura e natura, il diritto si adatterà alla nuova evoluzione come si è adattato a tutte le passate.

Una forma a sè è la PROPRIETÀ FORESTALE alla quale

alcune leggi speciali pongono limiti gravi circa il modo di usarne e goderne. Può darsi che questi limiti sieno troppi e non tutti giustificati, ma è questione economica e sociale e non giuridica: il diritto permette che l'interesse generale limiti l'individuale, ma quanto al modo si rimette alle altre scienze ed arti. L'uomo agisce secondo il proprio tornaconto, e non sempre ne vien fuori l'armonico equilibrio dell'utile di tutti, come diceva la beata scuola dell'individualismo e del *laissez faire;* in molte congiunture, più o meno, l'utilità di una persona è in urto con quella di tutte, e allora lo stato interviene con le leggi.

Che la proprietà forestale appartenga a quella specie di beni l'uso dei quali ha una diretta importanza sociale, e per i quali può dirsi che *expedit rei publicæ ne sua re quisque male utatur,* è insegnato dall'agricoltura dall'igiene e dall'economia politica: le foreste mantengono vive e regolari le fonti di acqua; impediscono le piene veementi che devastano le campagne; hanno altre influenze meteorologiche e termiche.[97]

Di tutti questi insegnamenti deve tener conto la legislazione forestale, imperocchè i vincoli alla proprietà non possono derivare da tentativi ipotetici e giudizii di logica convenienza, ma da fatti dimostrati come dannosi alla società. Ed è per ciò che, sull'uso delle foreste avendo fino ad ora le scienze relative posto in evidenza un solo bisogno cioè il non diboscamento e il non dissodamento, questa sola cosa dev'essere assunta come criterio dalla legge per la proprietà forestale.

Anche la PROPRIETÀ MINERARIA ha norme sue proprie, perchè l'industria ha fatto delle miniere una cosa diversa dal dominio fondiario. Quando si trattava di casuali bucherellature del suolo, si considerò apparte-

[97] Di ciò discorre bene il Miraglia *Filosofia del diritto* I 198.

nente al proprietario tutto ciò che s'innalza sul suo fondo fino al cielo e tutto ciò che è sotto fino a che si può scavare. Ma questo mondo sotterraneo ebbe presto un'apposita industria, e si scorse quanta parte delle ricchezze sociali è nelle miniere. Già il diritto romano provvide a ciò, obbligando il proprietario a permettere che altri scavi nel di lui fondo, compensandolo con un decimo del prodotto, mentre un altro decimo era per lo stato (Cod. XI 6, 3 e 6). Nel regime feudale il dominio eminente del sotto suolo fu del feudatario; e nelle successive signorie le miniere furono *regalie* dello stato, il quale ne concedeva l'uso con forti imposte, salva sempre l'indennità al proprietario della superficie.[98] Oggi lo stato non ha più regalie, ma garentisce i diritti dello scopritore e li contempera con quelli del proprietario:[99] si occupa dell'esercizio delle miniere non per trarne vantaggi, ma per l'interesse generale, economico ed igienico, di quel mondo di operai che lavorano sotto terra. Con idee a priori e meramente speculative non si comprende questa separazione della *proprietà mineraria* dalla *proprietà fondiaria*; potrebbe sembrare che chi ha il dominio del fondo lo ha pure di tutto ciò che è sotto, per diritto di occupazione o di accessione. Ma se si considera che lo scoprire, lo scavare o l'esercitare una miniera richiedono sforzi, cognizioni e mezzi che formano una grande e separata industria, allora si deve ammettere che nessuno può

---

[98] Anche al presente in alcuni stati germanici la miniera non può essere scavata senza la concessione dello stato. Beseler *Lehrb. des deut. Privatrechts* § 203.

[99] Il Miraglia (*Filosofia del diritto* I 212) dice bene: « Se non deve lo stato proteggere l'industria, può bene conservare la facoltà di aggiudicare la miniera. Con il decreto di aggiudicazione esso non crea la proprietà, ma la riconosce ed accerta; come riconosce ed accerta il decreto di ammissione nell'eredità, prescritto dal codice austriaco. »

essere proprietario delle miniere sol perchè proprietario del fondo. La proprietà nelle sue varie forme è un istituto sociale e principalmente economico: il diritto deve accettarlo così come è, e perciò regolarne ogni forma secondo che si presenta nella vita. Non può il diritto con cavilli o con ragionamenti formali violare la sostanza delle cose: dal momento che l'economia di un popolo ha considerato le miniere in un certo modo e ne ha fissato l'appropriamento, il diritto deve accettare il fatto e dargli veste giuridica. Se un nuovo ordine di cose desse alla proprietà del capitale e del profitto una figura diversa e più ristretta che alla proprietà del lavoro, il diritto dovrebbe adattarvisi e creare diverse norme giuridiche per le varie posizioni del dominio individuale.

La PROPRIETÀ LETTERARIA (ed anche artistica ed industriale) trova nelle considerazioni fatte la ragione dei suoi limiti. È stata oggetto di dispute vivacissime, perchè a molti ripugnava che si potesse avere una qualche proprietà sopra le idee. Ma son dispute economiche e non giuridiche: quando un insieme di condizioni sociali mostrano il bisogno che un autore o un artista o un industriale traggano un compenso dalle opere del loro ingegno, il diritto accetta il fatto e in conformità di esso detta le norme: la limitazione di tempo che ha la proprietà letteraria e forma un *dominium temporale* non è cosa che urti col diritto, perchè pel concetto di dominio non è necessaria la perpetuità del vincolo; e che esso vincolo cessi per volontaria alienazione, o che scompaia per ordine della legge, nel tempo che ha durato c'erano i reouisiti della proprietà individuale.

§ 20. — I modi di acquisto della proprietà.

L'acquisto delle cose e il renderle proprie è un atto che deve esser fatto senza danno degli altri; se la cosa non è di alcuno, è facile acquistarla con atti non dispendiosi; ma se la cosa ha già un proprietario, è necessario che intervenga il consenso di costui. La differenza nei modi di acquisto fra gli *originarii* e i *derivati* non ha dunque solo un valore didattico di classificazione. L'atto dell'acquistare deve avere due evidenti condizioni: prima di tutto indicare la volontà di doventare proprietario; e poi non ledere i diritti altrui. L'una e l'altra condizione hanno i popoli raggiunta con il vestire l'acquisto di alcune forme, e sottoporlo ad alcuni requisiti; le varie possibili figure, nelle quali quelle forme e quei requisiti raggiungono per vie diverse lo scopo sociale sopra detto, sono appunto i *modi di acquisto* della proprietà.

Occupazione. — Quando un popolo ha il sistema della proprietà privata, è naturale che ammetta come modo di acquisto l'occupazione di una cosa che non è di alcuno; quanto più una società è poco evoluta e tanto più dà effetti agli atti della forza privata. Non per questo è giusto dire, come alcuno disse,[100] che la proprietà individuale sia sorta dalla occupazione: perchè questa produca dominio bisogna che l'istituto del dominio sia già riconosciuto. Le prime occupazioni furono fatte da un'intiera comunità di villaggio o da una fami-

---

[100] Maine l'*Ancien Droit* capo VIII. L'origine della proprietà per mezzo della occupazione delle cose naturali fu una teoria molto in voga, perchè carezzava i concetti dell'*ius naturæ*. Blackstone con slancio patetico diceva che il pezzo di terra occupato per riposarvi o per mettersi all'ombra diveniva proprietà privata, perchè sarebbe stato ingiusto usar la forza per cacciarne l'occupante.

glia, cioè da forze collettive. Ma quando una società ammette che le cose appartengano agli individui, ammette facilmente che i beni che non sono di alcuno divengano del primo occupante. È questo concetto che è espresso dalla regola romana *quod ante nullius est id naturali ratione occupanti conceditur;*[101] ed è per ciò che i Romani ponevano l'occupazione fra i modi di acquisto ammessi dall' *ius gentium.* L' occupazione è la forma più semplice e più rozza della presa di possesso e del potere dell' uomo sopra le cose esterne;[102] la caccia e la pesca specialmente ne sono il tipo fondamentale, il quale si ritrova nei popoli antichi nella forma della occupazione bellica, oggi scomparsa per le regole della moralità internazionale.[103] Presso i Germani i fondi non potevano occuparsi senza la concessione del re, e ad ogni modo bisognava dissodarli e coltivarli;[104] invece l'occupazione delle cose mobili era ammessa senza restrizioni. Anche i codici moderni[105] ammettono questo modo di acquisto della proprietà, il quale è intimamente connesso col sistema del dominio individuale: se infatti i beni devono essere in proprietà dei privati, quando ve ne sono senza padrone possono essere presi da chiunque se ne impossessi. Quanto alle cose mobili, hanno regole speciali la caccia, la pesca e il ritrova-

[101] *Inst.* II 1, 12. Rotari (319) diceva ugualmente *iure naturali habeat sibi.*

[102] L'elemento della forza privata (collettiva o individuale) ha una grande parte nella proprietà. Lo indicano anche alcune parole romane: *manucapere, usucapere, heredium* (dalla radice *ghar* prendere). *prædium.* Nella proprietà fondiaria è invece dominante il concetto agricolo della coltivazione con l'aiuto del bestiame.

[103] Gaio (IV 16) diceva degli antichi romani: *maxime sua esse credebant quæ ex hostibus cepissent.*

[104] Schupfer *Allodio* 111.

[105] Articolo 711 del codice civile italiano. La dizione di questo articolo non è buona, perchè può far credere che le cose immobili non si possano occupare.

mento dei tesori: il diritto dell' occupante non deve distruggere i diritti precedenti di altre persone, e con ciò si giustificano il divieto del proprietario a che si cacci nel suo fondo e la metà del tesoro che gli spetta quando vi fu trovato da un altro. Quanto alle cose immobili la possibilità di occuparle è in un popolo civile molto rara, ma può essere, e discende dai principii sopra detti; qualche giurista vorrebbe che oggi i fondi senza padrone fossero dello stato, ma sono reminiscenze germaniche che non hanno più un fondamento. Finchè il sistema economico è la proprietà individuale e finchè dura il concetto moderno dello stato, egli non ha sul territorio nessun dominio eminente d' indole privata.

Accessione. — In questo modo di acquisto i principii del diritto romano hanno trionfato nei popoli europei, che cioè il proprietario di una cosa diviene pur tale per quelle che vi si uniscono in modo da essere un tutto non scindibile. La formula classica è che *accessio cedit principali,* e par di vedere un canone di logica applicato al diritto; ed infatti non può negarsi che in questa teoria romana non abbia avuto una certa parte la considerazione puramente logica, che l' elemento secondario deve sottostare all' elemento precipuo, ma vi entrano pure molte ragioni pratiche di non poco valore. In alcuni casi la cosa aggiunta ha perduto la sua fisonomia, e l' antico proprietario di essa non ha più l' oggetto del suo dominio; così è per l' alluvione. In altri casi è un tacito diritto di occupazione che produce la proprietà; così è per l' alveo derelitto e per l' isola sorta in un fiume pubblico: nel diritto germanico il letto del fiume era dello stato, e perciò anche l' alveo e l' isola,[106] e quest' idea passò nell' articolo 457 del codice nostro per *i fiumi navigabili o atti al tra-*

---

[106] Troya *C. D. L.* IV 566.

sporto. In altri casi la cosa principale ha contribuito a generare l'accessoria, come per le seminagioni o piantagioni fatte da chi non è proprietario; il diritto romano (*Inst.* II 1, 31 e 32) e il nostro italiano (art. 450) ammettono questa forma di accessione, mentre il diritto germanico teneva distinta la proprietà del fondo da quella delle sementi e delle piante.[107] Talora poi la proprietà della cosa accessoria se fosse distinta dalla principale verrebbe a violare quest' ultima, come è per gli edificii costruiti sul fondo altrui: non trovo altra spiegazione della regola romana diventata comune oggi, che cioè *omne quod inœdificatur solo cœdit* (D. XLI 1, 7, 10). Finalmente può darsi che le cose unite in un sol tutto sieno ambedue mobili: in questo caso se possono separarsi, ognuno è proprietario della cosa sua; ma se non possono, bisogna distinguere quale è la cosa principale, perchè allora non sarebbe giusto parlare di condominio, e per contrario non c'è altro modo che dare il tutto in proprietà di chi ha la parte più importante;[108] che se niuna è principale (confusio o commixtio) v'è appunto il condominio.

Da questi casi s'inferisce facilmente che spiegare l'accessione con il principio che la cosa accessoria cede alla principale è una tautologia; che le varie categorie di accessione hanno ciascuna un principio e un' utilità pratica diversi dalle altre; e che riunirle tutte come fanno i giuristi sotto l'idea generale di *accessione* è un processo d'induzione logica mal fatto e senza valore. E siccome ognuna delle categorie esposte si fonda per determinare il proprietario sopra una ragione pratica

---

[107] Schupfer *Allodio* 119.

[108] La determinazione della *parte principale* è cosa relativa ai tempi e agli oggetti. Il diritto non può dare norme: quella che dà l'articolo 465 del codice nostro o il Digesto XLI 1, 26, 1 è un criterio non preciso. Più importante è il criterio dato dall'articolo 467.

obbiettiva, come è l'impossibilità di dividere la cosa, o una tacita occupazione, o la parte generativa presa dall'oggetto principale, o l'impossibilità del condominio; così è evidente che il passaggio della proprietà non distingue fra l'accessione avvenuta naturalmente e quella per l'arte dell'uomo, e non ha riguardo se vi fu oppur no la mala fede di alcuno.[109] È inutile soggiungere che l'indennità che può spettare al proprietario della cosa accessoria dipende non dall'istituto della proprietà, ma da altri principii giuridici; e che questa indennità può essere maggiore se dall'altra parte fu mala fede o colpa grave. Si entra allora principalmente in due teorie: in quella cioè dell'arricchimento indebito, e in quella dei danni arrecati per il fatto proprio.

Acquisto dei frutti. — S'intende dei frutti staccati dagli alberi; e veramente non sarebbe necessario parlarne, perchè essendo i frutti una cosa mobile possono acquistarsi con i soliti modi di acquisto. Ma vi è qualche particolarità interessante per l'usufruttuario e per il possessore di buona fede. Quanto al primo, che ha un diritto reale, non doventa proprietario dei frutti che con la separazione;[110] e in ciò ravvisano i giuristi uno speciale modus adquirendi, ma non è tale, perchè si riduce al concetto della consegna; avendo l'usufruttuario diritto ai frutti ha implicitamente avuto la tradizione di essi, la quale da parte sua diventa completa

---

[109] Così il diritto romano e il codice civile, che però ha una piccola eccezione nell'articolo 452. Quanto alla *inædificatio* e alla seminagione il diritto germanico, che non riconosceva in ciò l'accessione ma teneva distinte le due proprietà, dava valore alla mala fede del seminatore o costruttore, ai quali faceva perdere il dominio delle cose loro in favore del proprietario del fondo. Ma lo Schupfer (*Allodio* 120) dice bene che *se l'opera e il frutto cedevano al proprietario ciò era per punire l'invasore più che per un diritto di accessione.*

[110] Così oggi (articolo 480). Il diritto romano voleva la *perceptio.*

con la separazione. Quanto al possessore di buona fede, sono suoi i frutti *staccati* pel codice nostro (articoli 703 e 933), e sono suoi quelli *consumati* per diritto romano.[111] Come ciò avviene? pel diritto moderno si suol dire che questa è un' applicazione della norma che il possesso di buona fede delle cose mobili vale titolo, e pel romano si dice che è una regola di equità basata su la buona fede del possessore. Questi infatti sono i fondamenti prossimi di queste disposizioni, ma la causa remota è una forma speciale di dominio che sui frutti ha il possessore di buona fede in vista della sua legittima occupazione. Un' ultima osservazione sopra l'acquisto dei frutti è questa: il proprietario di un fondo diventa tale dei frutti perchè ne sono un sol tutto, e quando si staccano è come se il tutto si dividesse in più parti. Il codice nostro (art. 444) lo dice *diritto d' accessione,* ma è un concetto erroneo ed inutile; forse l' idea sorse per spiegare come il proprietario della cosa ha la proprietà dei frutti senza uno speciale atto di acquisto (D. VI 1, 5, 2; XXII 1, 25, 1).

Specificazione. — Quando il lavoro di una persona trasforma in una *nova species* la materia di un altro, a chi appartiene il nuovo oggetto? La risposta è molto difficile: il diritto romano fu per molto incerto e poi scelse un' opinione, che solo in piccolissima parte è accettata dal codice nostro. Allora la prevalenza era data alla *forma* ed oggi alla *materia;* l'articolo 470 dice però essere proprietario lo specificatore quando *la mano d' opera è considerata come principale.* Con un insieme di prescrizioni, dettate più dall'ARTE che dalla SCIENZA giuridica, i diritti dei varii popoli hanno regolato i casi possibili di specificazione, e nulla d' interessante e generale si riscontra in essi. In questa materia il diritto

---

[111] Se ne è parlato alla fine del § 18.

non ha esigenze sue particolari: dare la nuova cosa al proprietario della materia, o darla allo specificatore, o metterla in condominio tra loro è giuridicamente indifferente: le idee economiche di un popolo, le sue industrie, il concetto che si ha del lavoro e del capitale, la equità pratica delle diverse ipotesi, sono i fattori delle norme circa la specificazione. Dal lato logico del diritto possono farsi due sole osservazioni: l'una è che se la forma vince la materia, allora la specificazione è un modus adquirendi; ma se è il contrario, essa è una accessione qualunque come dice il codice nostro. L'altra osservazione è che non si ha da richiedere in nessun caso la buona fede, perchè la proprietà nasce dal *novam speciem facere* e non da altro; ciò è riconosciuto oggi, come s'argomenta dall'articolo 475 del codice civile italiano, ma sarebbe a dubitarne per il diritto romano: veggasi per esempio D. XIII 1, 13 e 14.[112]

Traditio e Consensus. — In una società civile il modo principale perchè si abbia l'acquisto della proprietà è il contratto; e per l'uso comune, per la sicurezza e notorietà dell'atto, il modo principale di trasmettere una cosa è la consegna privata e pubblica. Queste due tendenze si trovano nei diversi tempi di-

[112] Qui, come in molte altre parti, il diritto si presenta come ARTE in opposizione a quando è SCIENZA. Secondo i concetti più recenti la scienza cerca e scopre e spiega i fenomeni del mondo e li riduce in *leggi*, e l'arte invece crea nei limiti di quelle leggi alcune cose o fatti che servono per un certo scopo. Così la meccanica dà le leggi dell'equilibrio, e l'architetto se ne serve per costruire le case. Venendo al diritto, vi sono molti casi nei quali le norme non sono l'espressione di rapporti necessarii, ma creazioni più o meno felici per risolvere con arte alcune difficoltà di fatto. È per esempio la *scienza giuridica* che mostra la necessità di termini fissi negli atti procedurali; ed è l'*arte giuridica* che trova le più adatte combinazioni di questi termini, fissandoli in 3 o 5 o 30 o 60 giorni. La distinzione nel diritto fra le *norme scientifiche* e le *norme artistiche* è necessaria per una giusta valutazione logica.

versamente combinate, e diedero luogo a norme molto differenti. Il diritto romano non ha mai ammesso che il solo contratto operi il passaggio della proprietà sulle cose: l'elemento materiale del dominio è la presa di possesso dei beni, e la pura volontà sarà la causa giustificatrice della consegna, ma non è la consegna. Il principio fondamentale era che *traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (Cod. II 3, 20); ma è però da avvertire che se la volontà senza la traditio non trasmetteva il dominio, neppur poteva farlo la traditio senza la volontà. Nel concetto romano la *traditio* è tutt'una con la *causa traditionis*: una consegna qualunque non rende alcuno proprietario, ma solo quella consegna che è l'esecuzione del volere delle parti di *transferre dominia rerum*. Il consegnare una cosa era circondato, come ogni altro atto, da alcune formalità; prima ci vollero parole e atti solenni detti *mancipatio*;[113] poi bastò il fatto materiale del trasferire il possesso, consegnando la cosa mobile nelle mani e una zolla delle immobili; finalmente la giurisprudenza toccò il più alto punto della semplicità, riconoscendo che si poteva fare una traditio *ficta* (come mostrare il fondo col dito) o *simbolica* (dar le chiavi della casa) o anche solo intenzionale (*brevi manu* e *constitutum possessorium*),[114] e pervenne a concepire la possibilità di una *quasi traditio* per le cose incorporali. Il diritto romano tenne solo conto dell'ele-

---

[113] La mancipatio era veramente l'atto tipico per creare contratti; ma nei primi tempi non può distinguersi con precisione il contratto come causa debendi e la consegna come esecuzione del contratto: l'una e l'altra cosa formano spesso nella vita un solo tutto, e così è nel diritto antico.

[114] È evidente che in questa larghezza di concetti la traditio perdette la sua funzione di assicurare e testimoniare di fronte ai terzi il passaggio della proprietà. Perciò i codici moderni pensarono a sostituire qualche cosa più sicuro, come è la trascrizione.

mento individuale nei passaggi di proprietà, e non curò i rapporti con i terzi e le conseguenze sociali; è per ciò che non cercò di rendere necessaria la così detta *pubblicità*, cioè imporre l'osservanza di qualche atto, in modo che il trasferimento del dominio abbia qualche cosa visibile e duratura. Bisogna dire che le idee sul credito non abbiano avuto mai in Roma un grande sviluppo, altrimenti avrebbero bensì rese semplici le forme di trasmissione per gli effetti fra le parti, ma le avrebbero in qualche modo rese pubbliche per garentire l'interesse dei terzi. Nel sistema romano il solo contratto non fu mai modo di acquisto della proprietà, ma da un altro lato la traditio fu resa elastica e così *idealizzata* da far sì che la intenzione delle parti avesse tanta importanza.[115] Non registri pubblici per i passaggi di proprietà nè per le ipoteche; non catasti utili a ciò,[116] non forme scritte con pubblica autorità.[117] Ma il principio fondamentale della teorica romana, il quale passò in tutte le posteriori legislazioni, era che la tradizione deve accompagnarsi con la causa traditionis (che prende per lo più la veste di un contratto) e con l'intenzione di trasmettere la cosa nell'acquirente; nella vita reale l'atto è spesso un tutto inseparabile, come se io vendo e consegno un oggetto, ma i giuristi distinsero l'accordo delle due volontà (contratto [p. e. di vendita]) dalla consegna, e questa stessa consegna esaminarono non solo come materiale trasmissione di possesso, ma anche come istituto avente in sè l'*animus dandi* e

---

[115] Veggasi però *Inst.* III 23 e Cod. IV 21, 17. — Nell'antico diritto l'elemento della *comunità* era considerato nella forma della *mancipatio* che si faceva *coram testibus*.

[116] L'operazione del censo era oggetto di cure grandi, ma per scopi finanziari e militari, e poi era periodica. E nel frattempo?

[117] I notai o *tabularii*, anche dopo le modificazioni di Giustiniano (Nov. XLIV), non ebbero tale autorità come s'intende oggi.

l'*animus accipiendi.* I Romani, come già si disse, non vollero ammettere la trasmissione del dominio per mezzo del solo consenso, ma vollero l'atto (per lo più materiale) della tradizione. E perchè? non pare che l'idea fosse, come è oggi, di dar *pubblicità* all'atto, ma era invece che il dominio ha in sè la *rei adprehensio,* cioè il fisico impossessamento dell'oggetto.

Nell'antico diritto germanico la proprietà dovea pure trasmettersi con una consegna che si diceva *traditio* e poi *revestire,* vestitura;[118] e Rotari nell'editto 183 diceva *sine traditione nulla rerum dicimus subsistere firmitatem.* Questa consegna doveva farsi pubblicamente; prima innanzi a tutto il popolo, e poi a testimonii; ed era naturale che il ricordo dell'antica proprietà comune influisse ad accordare questo diritto di sorvegliare o per lo meno approvare i mutamenti dei dominii privati.[119] È per ciò che era comune il costume di fare la consegna in chiesa e alla domenica, o nel mercato[120] o in giudizio[121] o in straordinarie riunioni di popolo;[122] e poi in tempi più progrediti rimase solo la *traditio coram testibus.*[123] Era ammessa la tradizione simbolica: come la consegna di *pulvis terræ*[124] o di una zolla,[125] o di una pietra trattandosi di case,[126]

---

[118] Parola franca (*Lex Sal.* LVI). Divenne parola ufficiale col capitolare dell'anno 817 capo VI.

[119] Schupfer *Allodio* 142. Ma questi concetti non si esagerino: in alcuni popoli, come nei Romani, le traccie dell'antica comunità sono minori, e i simili fatti hanno bisogno di un'altra spiegazione.

[120] Si può provare che anche nel diritto romano la *mancipatio* facevasi nelle fiere e nei mercati. Vi concorrevano ragioni economiche.

[121] La trasmissione di proprietà fatta in giudizio è la *in iure cessio* dei Romani. La base sociologica è la stessa.

[122] Le fonti sono nello Schupfer *Allodio* 143, e principalmente *Cod. Cav.* I 38.

[123] Devo rinviare il lettore al mio *Manuale della storia del dir. rom.* p. 137 — *Lex Rib.* LX; *Baiuv.* LX; *Wis.* V 4, 3; *Roth.* 172.

[124] *Lex Sal.* LVIII. [125] Ducange III 884. [126] Ducange III 890.

o di un ramoscello per la vendita degli alberi,[127] o con un' anfora d' acqua per gli stagni e le peschiere.[128] Eravi pure la tradizione finta, cioè l' indicazione fatta con la mano (*per manum*) o col guanto (*per wantonem*)[129] o con una festuca (*virga, fustis, stipula*).[130] Era poi necessaria la vera *investitura* o presa del possesso fatta dall' acquirente.

Per una lunga serie di evoluzioni storiche [131] si venne ai codici moderni, i quali contengono norme giuridiche che in questa parte sono contrarie alle romane. Ha uno speciale interesse l' istituto germanico che da noi suolsi con non buona parola dire *intavolazione*, e per il quale i fondi sono nominati e descritti in appositi registri ove si segnano i mutamenti di proprietario e tutti i diritti reali che vi son sopra: sono cioè il loro stato civile. Per trasferire il dominio delle cose immobili deve l' atto di acquisto essere iscritto in questi libri pubblici; così il possesso, così le servitù, e così le ipoteche.[132] Un' idea chiara di questo sistema è data dai seguenti articoli del codice civile austriaco del 1811:

§ 431. *È trasferita la proprietà di cose immobili se l' atto dell' acquisto è iscritto nei libri pubblici.*

---

[127] *Lex Baiuv.* app. IV.

[128] Ducange III 891. [129] Grimm *R. A.* I 137.

[130] Grimm *R. A.* I 121; *Lex Sal.* XLVI e L; Schupfer *Allodio* 147. La festuca era una verga di legno (non una semplice pagliuzza) lunga mezzo piede e grossa un pollice. Serviva anche per i contratti, e si dava all' acquirente o si spezzava d'accordo. Nella *Lex Rom. Utin.* XXIV 2 è detto *per ista stipula omne ista causa dimitto.* Veggasi il mio *Manuale della storia* p. 135. Può ben dirsi che la lancia, o nella forma di vera arma (*hasta*) o di giunco (*vindicta*) o di bacchetta e pagliuzza (*stipula* nel dir. rom.), fu un simbolo costante e significativo nella razza ariana.

[131] Molte notizie storiche sono riassunte nel Luzzati *Della trascrizione* (I, XLVII) edizione del 1878.

[132] Cod. civ. austr. § 431; cod. civ. sassone del 1863 § 276; legge prussiana del 1872.

§ 322. *Se la cosa è immobile, il diritto di possesso compete solo a chi è iscritto nei registri come possessore.*

§ 441. *Appena è avvenuta l' iscrizione il nuovo proprietario è legittimo possessore.*

§ 1469. *Le servitù e gli altri diritti reali esercitati sul fondo altrui si acquistano con l' usucapione come il diritto di proprietà, in tre anni da quello nel quale furono iscritti nei pubblici libri.*

I principii fondamentali di questo sistema sono la pubblicità dei passaggi di proprietà, e l'essere l' iscrizione pubblica l' unico modo giuridico di acquisto del dominio. I vantaggi pratici sono evidenti e in ispecie il *ridurre l' ipoteca a istrumento del credito,*[133] ma vi è qualche cosa di troppo nel fare che la sola iscrizione possa *creare* un diritto che può non esistere, e creare un possesso che dopo tre anni conduce alla proprietà.[134] L' iscrizione dunque nel sistema tedesco non è solo una necessità di fronte ai terzi (come nel sistema francese), ma è la condizione legale per l' esistenza dell' atto fra le stesse parti; qualche cosa simile è da noi per quei contratti che devono farsi per iscritto, imperocchè tale formalità non è solo negli effetti verso gli altri, ma è pure obbligatoria per la validità fra gli stessi contraenti.

Il nostro codice italiano ha accettato un sistema del tutto diverso: per esso il solo contratto senza la tradizione basta a trasferire la proprietà *fra le parti* (art. 1125, 1162, 1448), ma tale trasferimento *non ha alcun effetto* (son parole dell' art. 1942) riguardo ai

---

[133] Tutti i tentativi moderni di far leggi apposite perchè progredisca il *credito fondiario*, necessario all' economia agricola, si fondano sopra il sistema ipotecario.

[134] Ciò non è nella legge prussiana del 1872. Per essa l'usucapione non è più un modo di acquisto degli immobili.

terzi finchè non fu *trascritto* nei registri del conservatore delle ipoteche (art. 1932).[135] Le controversie forensi alle quali dà luogo tale sistema sono innumerevoli, e prima fra tutte è sapere se il solo consenso trasferisca la proprietà di fronte ai terzi con limitate conseguenze, o se le parole *non ha alcun effetto* indichino proprio che la proprietà non passa.

La questione delle forme per l'acquisto della proprietà degli immobili non è una questione giuridica, ma è economica e sociale: la pubblicità dei trasferimenti del dominio, i bisogni del credito fondiario, i diritti e gli interessi dei terzi devono essere garentiti, e non possono essere violati dal concetto troppo individuale che la proprietà è un rapporto privato e nasce nell'acquirente da un puro accordo contrattuale col proprietario. Se l'interesse generale lo richiedesse non ripugnerebbe al diritto dichiarare che la trascrizione o la intavolazione è una forma essenziale alla validità dell'atto: il giure romano e il nostro civile offrono molti esempii di formalità necessarie, senza le quali il negozio giuridico non è riconosciuto. E vedere se questo interesse generale c'è non è ricerca del diritto, ma dell'economia politica e delle altre scienze sociali. Il diritto è pervenuto al concetto generale che col consenso si può porre in essere qualunque vincolo giuridico e perciò qualunque facoltà patrimoniale commerciabile: dunque anche la proprietà delle cose immobili. Ma è utile che basti il solo consenso? in pratica ne derivano molti danni? la sola forma della domanda basta a mostrare che la risposta non si trova nel campo giuridico, sì bene nell'osservazione del commercio sociale

---

[135] La proclamazione del principio che il solo consenso trasferisce la proprietà ha la sua origine nella passata filosofia del diritto naturale. L'istituto della *trascrizione* ha la sua storia, e non è esatta l'analogia che alcuni fanno chiamandolo una *tradizione pubblica*.

di un dato popolo in un dato tempo. E quando quest' osservazione consigli alcune formalità pubbliche, allora interviene il diritto a formularle, e in conformità di esse risolvere coi canoni ermeneutici (logici e specificamente giuridici) le varie combinazioni della vita. Tanto più deve dirsi essere il diritto impotente a risolvere se sia meglio *trascrivere* o *intavolare* i passaggi di dominio: che i fondi abbiano un loro stato civile, sieno descritti e registrati col nome loro, con un catasto fatto in un modo più tosto che in un altro, oppure che i trasferimenti soli sieno iscritti a sè e nel libro del conservatore delle ipoteche, sono quistioni nelle quali entrano a studiarle molte discipline, ma non il diritto.

Fino ad ora si parlò per il diritto posteriore al romano delle cose immobili, perchè regole diverse ebbero le mobili. La differenza fra queste cose non produceva molte conseguenze nel diritto romano, e niuna poi sopra il passaggio consensuale della loro proprietà, ma nel mondo germanico e in tutti i secoli passati i fondi e le case erano considerati molto più importanti dei beni mobili. Il commercio moderno mostra che oggi è forse vero il contrario, ma ad ogni modo non è l' importanza un elemento per dettare norme sul modo di trasferire il dominio. Le cose mobili sono per loro natura meno capaci delle immobili di mantenere a lungo un vincolo di proprietà indipendente dal possesso. Nel diritto romano la proprietà dei mobili non si perdeva col perderne il possesso, se non che il tempo per usucapirli era molto minore che per i fondi. Nell' antico diritto germanico invece non c' era una vindicazione delle cose mobili:[136] anche quando la cosa fosse stata data in deposito o in pegno a qualcuno che poi l' avesse

[136] Così Jobbé Duval *Revendication des meubles* p. 81 e Schupfer *Allodio* 180. Contro è Pertile *Storia* IV 245.

venduta, il proprietario non poteva toglierla all'acquirente e solo aveva un' azione personale contro chi l'aveva defraudato.[137] Che l'acquirente fosse di buona o di mala fede poco importava: la rivendica dei mobili era solo ammessa quando erano stati rubati, o erano usciti dal possesso del proprietario senza la sua volontà.[138] La regola ora detta era espressa da alcuni adagi tedeschi:

a) *Hand muss Hand wahren*, cioè la mano di chi dà deve guardare la mano di chi riceve, perchè costui se non è onesto può far sua la cosa, vendendola o donandola.

b) *Wo ich meinen Glauben verloren habe da muss ich ihn suchen*, cioè io devo cercare la mia fede solo in colui nel quale la perdei.

c) *Trau schau wem*, cioè guarda in chi hai fiducia.

Questa massima germanica si trova applicata nei secoli XII, XIII, XIV e XV e ricompare nel diritto francese, il quale la sanzionò con due famosi ditterii:

a) *Les meubles n'ont pas de suite*, cioè le cose mobili non si possono perseguitare.[139]

b) *En fait de meubles possession vaut titre*, cioè il possesso delle cose mobili vale titolo (art. 2279 del codice di Napoleone).

La ragione di queste norme è evidente: l'elemento del possedere è nelle cose mobili il fattore principale del dominio, e d'altra parte queste cose son di tal natura che passano celermente e senza possibilità di pubbliche forme nelle mani di terze persone. Se ogni acquirente fosse esposto a future rivendicazioni, il commercio ne soffrirebbe un ristagno. Ma cotesto acquirente dev'es-

---

[137] *Sachsensp.* II 60, 1; *Liut.* 181; *Lex Baiuv.* XV 4; *Lex Wis.* V 5, 3.

[138] Ne tratta lungamente lo Schupfer *Allodio* 182-209.

[139] Si trova pure detto *mobilia non habent sequelam.* Ne tratta Bemmelen *Le système de la propriété mobilière* (1887) p. 115, 148, 207.

sere in buona fede e perciò avere un titolo giusto di acquisto (art. 701): la massima dunque che il possesso val titolo non è bene formulata, perchè oltre al possesso dev'esserci pure il titolo, e dovrebbe dirsi così: nelle cose mobili il possesso dei terzi aventi buona fede e un titolo viziato rende valido questo titolo, dà la proprietà al possessore e toglie la rivendica dell'antico proprietario.[140] Il nostro codice dice così:

Art. 707: *Riguardo ai beni mobili per loro natura e ai titoli al portatore il possesso produce a favore dei terzi di buona fede l'effetto stesso del titolo.*[141]

Da queste considerazioni e comparazioni la filosofia trae la conseguenza che le cose immobili hanno per loro natura la possibilità di essere trasmesse con solennità prescritte; che tali solennità devono assicurare la pubblicità dei trasferimenti, e perciò secondare il credito fondiario; che gli interessi dei terzi devono limitare la potenza dei rapporti contrattuali fra le parti, contemperando l'elemento pubblico con l'individuale; che invece nelle cose mobili il commercio richiede che il possesso, qualificato dalla buona fede, abbia più importanza del vincolo originario di proprietà; e che perciò la tradizione valga per i terzi più che la sola volontà dei contraenti.

Usucapione e Prescrizione. — Nel più raffinato

---

[140] L'importanza del possesso nelle cose mobili mostra il rapporto che con esse ha la tradizione. Va da sè che questa tradizione può essere una consegna reale, o simbolica (chiavi ecc.) o brevi manu (art. 1465 del cod. civ. ital.) — Nel sistema giuridico il nostro articolo 707 è un'eccezione all'articolo 439. (Pei titoli nominativi veggansi gli articoli 1538, 1539, 1542. Pei titoli al portatore veggasi l'articolo 57 del codice di commercio.)

[141] Una *importantissima* applicazione dell'articolo 707 è contenuta nell'articolo 1126 concernente la vendita di una stessa cosa a più persone. Spesso suolsi dire che l'articolo 707 è una *prescrizione acquisitiva istantanea:* ma questa formula analogica è inutile e non vera

sistema di proprietà individuale il vincolo di dominio fra la persona e la cosa dura come vinculum iuris, anche perdutone il possesso; ma l'interesse del proprietario può essere in lotta con l'interesse dei terzi, e sopra l'uno e l'altro trovarsi l'interesse pubblico che i beni abbiano un visibile padrone. Come istituto conciliativo fra le due tendenze fu in quasi tutti i diritti trovato l'istituto dell'usucapione come *dominii adeptio per continuationem possessionis*; e l'elemento conciliativo è nel numero degli anni nei quali può il proprietario antico intentare la rivendicazione. E ciò non potrebbesi esprimere meglio che con le parole del Digesto XLI 3, 1: *bono publico usucapio introducta est ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.* Nella usucapione la lotta è fra il vincolo giuridico del proprietario e il possesso dell'acquirente; per alcuni anni vince quello, e dopo vince questo; e così avviene fra l'uno e l'altro una reciproca transazione. E nelle cose mobili avendo il possesso una parte principale, in esse vince prima, e il tempo per usucapirle fu sempre fin dalle XII Tavole romane minore che quello per i fondi. Anzi la sua vittoria è, come si disse sopra, istantanea nel diritto germanico e nel diritto moderno, per i quali il possessore di buona fede dei mobili non ha bisogno di acquistarli con l'usucapione: ne è proprietario subito. È dunque il commercio sociale che giustifica la perdita della proprietà in vantaggio dell'usucapiente, e perciò per rimanere nei limiti di questo concetto bisogna che il possessore sia di buona fede ed abbia un giusto titolo. E i lati dell'istituto sono due: da una parte il diritto del proprietario si estingue col non esercizio pel numero stabilito di anni; e d'altra parte l'esercizio del possessore diventa diritto. L'usucapione

dunque ha simultaneamente due effetti: estingue e crea. Il tempo necessario a usucapire non è determinato dalla scienza, ma da quella che chiamammo *arte giuridica:* ogni popolo lo fissa secondo le sue condizioni di commercio e di estensione di territorio, e spesso per omaggio alla tradizione. Così il numero di dieci anni fissato dal nostro articolo 2137 ci viene dal diritto romano. Accanto alla *usucapio* dopo Teodosio Secondo si introdusse la *præscriptio* per la quale l'azione reale del proprietario moriva in trent' anni, anche se il possessore non avesse nè giusto titolo nè buona fede; ma dei due elementi sopra accennati è qui solo il primo, cioè l'estinzione del diritto del proprietario, e non vi è il secondo, cioè l'acquisto della proprietà nel possessore. Il codice italiano ha accettato ambedue gli istituti:[142] nell'articolo 2137 considera l'usucapione e nel 2135 la prescrizione. La differenza giuridica è grande, ma pratica è piccola: giuridicamente il possessore di buona fede[143] e con giusto titolo[144] diventa proprietario dopo dieci anni e fa proprietario chiunque terzo acquirente, e invece il possessore che ha per sè la sola præscriptio triginta annorum non diventa proprietario. Ma praticamente questo possessore (conduttore, enfiteuta, commodatario, usufruttuario, depositario) ha tutti gli effetti del vero proprietario finchè possiede; perduto il possesso, questo o va a terzi o torna allo stesso proprietario: se va a terzi e i trent'anni furono compiuti dal primo possessore, il nuovo acquirente fa sua la præscriptio,[145] e se non furono compiuti può esserci l'ac-

[142] Si parla oggi solo di immobili per l'usucapione. — Per i mobili si confrontino gli art. 707, 708, 709 con il 2146.

[143] Art. 701 e 702.

[144] Titolo non solo putativo ma esistente, non nullo per mancanza di forme, e trascritto (art. 2137).

[145] Cod. VII 39, 8, 1. Ciò non è se il possesso passò per violenza o clandestinità (art. 689): casi strani per gli immobili in una società civile.

cessio temporis (art. 689, 693, 2117); se invece il possesso torna allo stesso antico proprietario, allora egli ne rimane proprietario e la prescrizione non opera.

Di questo sistema quale giudizio dà la filosofia del diritto? Quanto alla vera usucapione il sistema del codice è quello romano ed ha il suo fondamento in molti elementi: conciliare il vincolo giuridico del proprietario con i diritti dei terzi; limitare la proprietà individuale con l'interesse sociale; l'importanza del possesso legittimo; la sicurezza di chi acquista con buona fede e giusto titolo; l'importanza del tempo e dell'esercizio di un diritto; la sicurezza dei dominii; i danni economici, specie agricoli, che deriverebbero dall'essere i fondi per troppi anni senza padrone; la necessità di aversi una prova dove altrimenti sarebbe la *probatio diabolica*. Ma quanto alla prescrizione? Lasciamo da parte quella delle azioni personali e vediamo solo quella delle reali: molte delle ragioni ora dette a favore dell'usucapione riguardano la buona fede e il titolo, ma molte riguardano solo il decorso del tempo, in ispecie se invece di dieci anni è di anni trenta; ora se la società riconosce opportuno far vivere il diritto astratto di un proprietario non possessore solo per trent'anni, è una sottigliezza giuridica dire che muore la sua rei vindicatio, ma il possessore non acquista mai la proprietà. Io credo che il miglior sistema sarebbe dire che un possessore legittimo (art. 686) diventa proprietario, anche se non è di buona fede e se non ha titolo, dopo trent'anni di possesso; esclusi perciò i possessi violenti o clandestini, nei quali il tempo decorrerebbe dalla cessazione di questi vizii (art. 689); ed esclusi i possessori in nome altrui, i quali cominciano a prescrivere dal giorno che posseggono in nome proprio (art. 2117).

L'acquisto dei beni immobili per mezzo del possesso dovrebbe essere duplice: l'USUCAPIONE ORDINARIA che

richiederebbe dieci anni, buona fede, giusto titolo; l'USUCAPIONE STRAORDINARIA che richiederebbe *solo* il possesso legittimo, cioè in nome proprio, pacifico, non equivoco, non violento, non clandestino.[146]

La legge prussiana del 1872 abolì la usucapione come modo di acquisto degli immobili, perchè nel sistema dell'iscrizione tavolare, questa sola iscrizione genera e mantiene la proprietà. Ma tutto ciò che si è discorso insino ad ora è contrario a questa innovazione: la usucapione ha il suo fondamento nelle esigenze sociali ed è capace di una buona costruzione giuridica.

§ 21. — I limiti alla proprietà individuale.

Avere un concetto del tutto individualistico della proprietà non è più seriamente possibile: in questa istituzione la parte sociale ha una grande importanza, e la rappresenta lo stato. Lo stato infatti, considerato come un sistema di forze avente per scopo il benessere della società politicamente costituita, deve limitare l'azione individuale, indirizzarla e aiutarla; come può impedire la libertà dell'ignoranza facendo una legge su l'istruzione obbligatoria; avocare a sè la difesa del territorio nazionale; coordinare e regolare tutte le attività individuali, assumendo persino la cura della pubblica igiene; così può porre limiti alla proprietà individuale, imporle pesi pubblici e privati, dare norme sul modo di trasmetterla, intervenire talvolta nel modo

---

[146] Questo sistema ha un precedente: Giustiniano (Cod. VII 39, 8, 1) ammise che il possessore senza titolo divenisse proprietario dopo trent'anni *purchè fosse di buona fede*. Si tratterebbe dunque di togliere la condizione della buona fede, la quale però per gran parte rientrerebbe (quanto al pericolo di turbamenti sociali) nel concetto del *possesso legittimo*.

di coltivare la terra o tagliare i boschi, impedire cioè che il libero corso degli interessi personali (non sempre producenti la famosa armonia del Bastiat) noccia all'interesse sociale. Questi concetti che ora sono accettati dalle teorie più moderne li hanno da un pezzo applicati i popoli, e lo stato ha nelle nazioni civili un cumulo di funzioni che la scienza del diritto pubblico deve accettare, per indurne la natura di esso stato. Dunque i limiti alla proprietà privata nascono dal fatto più generale dei limiti che la società ha posto a tutte le azioni dell'individuo. Quali debbono essere questi limiti non dice il diritto; sorgono dai bisogni economici e morali del popolo, si fondano su criterii di opportuna politica e di saggio governo, e il diritto non li crea: li registra, li applica, li coordina, li veste di norme giuridiche. In ogni punto troviamo sempre la verità dell'osservazione più volte fatta, che cioè il diritto dà forma e dà regole alla sostanza creata dai bisogni del popolo. Contro quei socialisti che con limiti soverchi vorrebbero distruggere la proprietà privata non hanno valore gli argomenti giuridici: l'unica via per combatterli è mostrare quali danni economici e politici e morali produrrebbe in pratica il loro sistema. Al diritto è *indifferente* che la proprietà sia collettiva o privata: nell'uno e nell'altro caso il diritto crea le norme corrispondenti, e invece è lo studio della civiltà dei popoli, è la scienza economica, è la comparazione dei tempi e dei luoghi, è tutto ciò, estraneo al diritto, che può mostrare la necessità di non tornare al comunismo e rimanere nell'istituto del dominio individuale. La questione dei limiti non è dunque giuridica: la società li determina secondo i suoi bisogni, e una volta che li ha determinati entra il diritto per formularli in norme. Il giurista in quanto è solo giurista non può dare alcun giudizio sulla opportunità di stabilire un limite più to-

sto che un altro; per dare questo giudizio deve servirsi di criterii che prende non dal diritto, ma dai bisogni economici, dai costumi del popolo, dalla moralità comune, dalla costituzione politica, dalle esigenze fisiche dei terreni, dai consigli della scienza agricola, dallo sviluppo delle industrie, dalla natura topografica del territorio nazionale; cioè da tutt'altro, fuorchè dal diritto. Nel valutare tutte quelle circostanze gli stati hanno spesso errato, e la storia mostra che in qualche momento della vita sociale, i limiti al dominio furono così forti, che l'esperienza pratica mostrò dannosi e fece abbandonare: ma nel tempo nel quale esistettero, il diritto li ridusse in norme giuridiche, e quando scomparirono non fu per opera del diritto, sì bene per il danno che la società s'accorse di risentirne.

Dei concetti esposti vi è una controprova che non può lasciare alcun dubbio: si prendano in esame i limiti che un popolo qualunque ha posto alla proprietà, e si vedrà che ognuno di essi è fondato sopra una ragione estranea al diritto, e derivante invece da altre considerazioni economiche, agricole, estetiche, morali, e persino da arbitrii di principi e di assemblee o da fallaci speranze di rimediare a mali sociali aventi una causa più profonda che non l'abuso individuale della proprietà. Questa controprova può farsi largamente nel diritto romano; da necessità fisiche derivò l'accesso forzato nel fondo altrui per raccogliervi le cose proprie cadute,[147] il passaggio forzato quando non vi fosse altro modo per andare nel fondo di uno che passare per quello di un altro,[148] e l'obbligo di sopportare i danni del corso naturale delle acque;[149] dai rapporti di vicinanza e dal bisogno della viabilità, come lo spazio li-

---

[147] D. XLIII 28, 2. [148] D. XI 7, 12.
[149] D. XXXIX 3, 1 e 2.

bero che si deve lasciare fra due edifizii;[150] dal desiderio di rimediare alla cadente agricoltura, come la perdita della proprietà dei fondi se fossero stati lasciati due anni abbandonati, e il loro acquisto per chi in questo tempo li avesse coltivati;[151] da ragioni edilizie, come il divieto di alzare le case più che 70 (Augusto) o 60 (Traiano) o 100 (Zenone) piedi;[152] da concetti estetici, come l'esterno abbellimento degli edifizii;[153] da sentimenti di pietà, come il divieto che Costantino fece ai postiglioni di battere gli animali con *nodosis validissimis fustibus;*[154] e finalmente dal pubblico interesse, come l'espropriazione forzata. Lo studio di queste limitazioni mostra però che quelle strane ed esagerate si ebbero nei secoli di generale decadenza: come le leggi contro l'usura attestano la poca floridezza del credito, così i limiti artificiali al dominio privato attestano l'esistenza di profondi mali sociali ed economici, ai quali quei limiti non portano pur troppo rimedio alcuno.[155]

La storia dei limiti alla proprietà è la storia della civiltà dei popoli, perchè la proprietà si adattò nei varii tempi alle condizioni economiche e politiche del tempo; i vincoli feudali e fidecommissarii, le manomorte, i divieti di alienazione, le prestazioni reali dei vassalli, i diritti inerenti al dominio eminente, i livelli, i censi, i condominii necessarii, i coloni infeudati, rap-

---

[150] D. VIII 2, 14.
[151] Cod. XI 58, 8.
[152] D. XXXIX 1, 1, 17; Cod. VIII 10, 12, 4.
[153] D. I 18, 7; Cod. VIII 12, 6.
[154] Cod. Theod. VIII 5, 2.
[155] Nel codice italiano le restrizioni alla proprietà privata sono in numero piccolissimo e strettamente necessario, e si fondano sopra bisogni sui quali non è possibile discutere (veggansi gli articoli 534, 438, 536, 545, 570 e seguenti, 579, 580 e anche alcune leggi speciali). Nell'avvenire è possibile che aumentino, non che diminuiscano.

presentano i varii stadii della civiltà europea, e la morte di tutte queste restrizioni stagnanti il progresso fu dovuta ai rivolgimenti sociali e politici dei tempi moderni. In tutto ciò entra un complesso di cause che sono i fattori stessi della civiltà, e il diritto non vi ha nulla che vedere. Quando i popoli produssero naturalmente l'istituzione del feudalesimo, si ebbe un eccellente diritto feudale; quando le condizioni della famiglia e la natura dei possedimenti crearono le primogeniture e le sostituzioni fedecommissarie, si ebbe un buon sistema di norme giuridiche su di esse; quando la vita moderna spazzò ogni vincolo e tornò al concetto romano del dominio privato, si ebbero i codici europei; e se un'ordinata e prudente serie di riforme sociali porrà su basi utili un accordo fra la comunità e l'individuo, il diritto si adatterà a creare nuove regole e nuove teorie circa l'uso della proprietà. Il concetto dunque del dominio individuale, come è inteso oggi, risponde al presente assetto economico e anima il diritto privato; ma non perciò è *giuridicamente* necessario, cioè non è tale che senza di esso non possa aversi un sistema di diritto. Come già si disse tutto il diritto medioevale era costruito sopra una proprietà molto vincolata: la famosa distinzione tra dominio *diretto* e dominio *utile*, che facevasi per l'enfiteusi, era verbale più che reale, ma pure corrispondeva a tutto un ordine di idee.[156] Quando infatti le conquiste romane

[156] La divisione del dominio in *utile* e *directum* non trovasi nelle fonti nè romane nè barbare (Pertile *Storia* IV 195), ed è sorta per mezzo della dottrina e precisamente della Glossa, la quale trasse analogia dalla differenza romana fra *rei vind. directa* e *rei vind. utilis* (Landsberg *Die Glosse* 97). Il concetto fu che nell'enfiteusi, nel feudo, e in altri diritti l'enfiteuta e il vassallo hanno più che un semplice usufrutto, ma anche le accessioni (non sempre), il tesoro, le miniere, e la rei vindicatio. Per analogia potrebbe dirsi che della dote ha la moglie il dominio diretto (che Giustiniano diceva *naturale*) e il marit

nelle provincie resero tutto il suolo provinciale in dominio dello stato, e lo riconcessero in possesso e uso

---

l'utile (che Giustiniano dicova *civile*). Nelle subinfeudazioni la nomenclatura era così:

primo infeudante — *dominium directum maius*,
primo vassallo — *dominium utile superius*,
primo vassallo infeudante — *dominium directum improprium*,
subvassallo — *dominium utile inferius*.

Alla regola romana che *duorum in solidum dominium esse non potest*, la quale portava per conseguenza che nel *condominium* [*romanum*] ogni condomino fosse proprietario della sua quota ideale, si opponeva il concetto degli scrittori del secolo decimosettimo, i quali imaginarono il *condominium* [*germanicum*] come un dominio solidale di ognuno su *tutta la cosa*, con impossibilità di uscirne o vendere la sua quota: lo si avea principalmente nei condominii famigliari (Glück VIII 78). Pochi scrittori eccettuati (come Stahl *Philos. des Rechtes* II 384), tutti gli altri rifiutano la divisione del dominio in due specie, perchè dicono che l'idea del dominio ripugna logicamente a che l'indeterminata facoltà su una cosa appartenga a più persone. Ma c'è il pericolo di esser vittima delle parole. Il diritto romano ha fatto una serie di *iura in re aliena:* ora la dote, l'enfiteusi, il vassallato sono istituti più lati di quei iura in re che i Romani configurarono, e perciò dirli una specie di dominio o dirli un nuovo e diverso ius in re è lo stesso: l'importante è che non si violi la natura di un fatto per costringerlo in una categoria giuridica. La dote secondo il nostro codice può fornire un esempio: proprietaria ne è la moglie (art. 1401), e il marito avrà, secondo le categorie romane che *si credono* non aumentabili, o un diritto personale o una servitù. Con la necessità ipotetica di incasellare i diritti del marito in una preesistente categoria, il codice ha detto che il marito è *amministratore* e *usufruttuario.* Ebbene, ciò non basta: egli amministra, ha *egli solo* (non la moglie) le azioni de dote, usufruisce, risponde di una colpa minore (art. 1224), può in alcuni casi vendere e ipotecare: dunque è più che un usufruttuario, e i suoi diritti fanno una categoria a sè, la quale o dicasi *ius in re* e precisamente *ius dotale* o dicasi una specie di dominio. Il Paoli *Del matrimonio* (1887) pag. 62 dice*:* « Il marito è considerato come un usufruttuario sebbene in certi casi la legge gli attribuisca diritti maggiori; » ebbene, son proprio questi *diritti maggiori* che fanno che l'ius dotale sia uno speciale ius in re, e non un semplice usufrutto. — Si vegga: Duncker *Ueber Dominium directum und utile* nella *Zeitschr. für deut. Recht* II 1, d. 177; Duncker *Das Gesammteigenthum* Marburg 1843.

perpetuo agli antichi proprietarii, perchè pagassero un *vectigal* od uno *stipendium;* e quando la proprietà prese la figura di incolti latifondi, senza che il padrone avesse il capitale per coltivarli; allora si sentì il bisogno di affittarli a chi aveva denari e bestiame acciocchè li migliorasse,[157] e lasciarli *perpetuamente* in tale affitto, e permettere che il concessionario potesse vendere il fondo e il diritto enfiteutico. Tutti questi caratteri messi assieme formarono un istituto a sè: l'*enfiteusi.* Ma come ordinarlo giuridicamente? creato l'istituto dalla *vita* spettò alla *giurisprudenza* il nominarlo, precisarlo, classificarlo, elevarlo cioè a complesso omogeneo di norme giuridiche. Il diritto romano, dopo molte dubitazioni, ricorse al concetto del diritto reale: mantenne la proprietà del fondo nel concedente, e diede all'enfiteuta un *ius in re aliena* costituito da questa locazione perpetua con diritto di vendere donare pignorare il fondo. Nel medio evo questa *costruzione giuridica* non fu completamente accettata: per il fatto che il concedente in realtà non è più un padrone, ma è uno che si è spogliato della sua proprietà per costituirsi una rendita perpetua (*annua pensio*), e che all'infuori del canone, del laudemio, e della prelazione non ha altri diritti, si venne nel concetto che l'enfi-

---

[157] L'abbondanza delle terre non coltivate e la deficienza del denaro, in ispecie del bestiame, fu un fenomeno che comparve più volte nella storia della civiltà, e cagionò resultamenti che, uniti ad altre congiunture, assunsero diversi aspetti e convertironsi in diverse istituzioni sociali. Questo fenomeno entrò *anche* nell'origine del feudalesimo: quando i ricchi aveano il capitale e gli altri liberi le terre senza poterle coltivare, si generò il rapporto di signore e vassallo col dare quel capitale. Il Maine (*Inst. Prim.* VI) osserva che nel *Senchus Mor*, libro giuridico e sacro dei celti irlandesi, la relazione tra feudatario e suddito è espressa nel concetto di *dare e ricevere il bestiame.* La radice della parola *feudo* è germanica, ed è la stessa che si trova nella parola tedesca moderna *vieh* indicante bestiame grosso e minuto.

teuta è il vero proprietario, cioè il *dominus utilis*, e si chiamò *dominus directus* l'antico concedente per trovare una causa dei suoi ora nominati diritti. Nel concetto germanico queste idee trovarono appoggio, perchè la proprietà privata era ritenuta compatibile con il *dominium eminens* dell'imperatore (anche a Roma il *dominium* dei fondi provinciali era del Cesare e la loro *possessio* dei cittadini provinciali); e così nel diritto feudale l'alto potere del signore non distruggeva l'appropriamento delle cose al vassallo. Nel codice nostro italiano sono scomparsi tutti i vincoli impedienti la circolazione del capitale, e l'elemento individuale ha trionfato da per tutto; nell'enfiteusi per esempio sono scomparsi il laudemio e la prelazione, e il concedente ha solo diritto al canone (art. 1556) e alla possibilità di riavere il fondo (devoluzione, art. 1565), mentre l'enfiteuta può vendere il fondo enfiteutico (art. 1562) e può redimerlo dal canone pagando il corrispondente capitale su la base del cinque per cento (art. 1564). È una questione non giuridica vedere se questo diritto di affrancazione, che di punto in bianco può togliere il fondo al concedente, porti buoni effetti, o se piuttosto distolga i proprietarii dal concedere enfiteusi; ma in qualunque ipotesi interessa notare qui che oggi il rapporto fra chi dà e chi riceve il fondo enfiteutico è tale che non è campata in aria l'opinione di coloro, i quali dicono *l'enfiteuta essere il vero proprietario.* (La L. 12 Cod. XI 61 chiama *dominus* l'enfiteuta.)

Quello dell'enfiteusi fu un esempio per mostrare che l'edificio giuridico si adatta ai fatti della vita, e che secondo essi si spinge a dichiarare dominium unum esse, o invece a coordinare più specie di dominii, cioè di diritti sopra una stessa cosa. Lo Schupfer (*Allodio* 61 e 82) dice alcune cose che è utile riferire: « Fu solo in conseguenza di un'ultima evoluzione, talvolta molto

lunga, che la proprietà si è costituita definitivamente ed è arrivata ad essere quel diritto assoluto sovrano personale, quale solo comprendiamo bene oggi. La proprietà germanica a differenza di quella tramandataci dal duro genio di Roma, è una proprietà più umana; non è istituita soltanto nell'interesse dell'individuo per garentirgli il godimento dei frutti del suo lavoro, ma lo è eziandio nell'interesse della società per garentirne la durata e l'azione. Se nei tempi primitivi l'elemento sociale predomina nella proprietà territoriale, esso non si perde in seguito, nè la comunione originaria si scioglie del tutto. La proprietà germanica sarà anche un privilegio; ma il suo unico scopo non è di assicurare la felicità dell'individuo: è un privilegio, a cui vanno congiunte delle obbligazioni e riserve; un privilegio circondato da mille limiti e impacci di vicinato, diritti feudali, fedecommessi, ricupere per cause di parentela, investiture ereditarie e rotazioni obbligatorie. »

I LIMITI MEDIOEVALI ALLA PROPRIETÀ risultano da quello che si è fin qui ragionato molto più numerosi che i limiti imposti dal diritto moderno, ed è noto che la odierna libertà fondiaria deriva da leggi economiche nemiche di impacci al commercio dei beni; è però da osservarsi che quei limiti medioevali non erano abusi prepotenti di caste (fatta eccezione di alcuni), ma rappresentavano un contemperamento degli interessi sociali con la forza individuale. Gli usi civici di tutti gli abitanti di un paese, i condominii dei membri di una famiglia, le difficoltà di repentini sperperi di patrimonio erano diretti a porre l'armonia fra la comunità e l'individuo, ed attenuare la sempre esistente *questione sociale*. Non ultima delle cause del malessere presente è l'individualismo esagerato, ed anche senza accettare le parimenti esagerate idee dei socialisti può attendersi che la *comunità* accresca sotto forme compati-

bili con gli ordinamenti moderni i suoi poteri sopra l'*individuo;* e non solo quanto alle azioni personali, ma anche quanto al godimento delle ricchezze.

Un peso che per il passato gravava sopra molti fondi privati e in ispecie su quelli in montagna, erano i diritti di pascere, legnare, fare erba e simili altri: tutti riuniti sotto il nome di USI CIVICI. È ora messo in evidenza ch'essi erano un antico diritto di comproprietà, e non un abuso violento o clandestino. Le leggi moderne li hanno aboliti come inceppanti la libertà dell'agricoltura, ma è certo che socialmente davano modo di vivere a intiere popolazioni montanare: e in questo loro ufficio stava la loro importanza.

La storia ricorda molti limiti alle alienazioni della proprietà: nei tempi di un popolo giovane i costumi riprovano lo spogliarsi dei beni aviti, ma poi ai costumi rilassati soccorrono le leggi. I Romani non pensarono a limitare la facoltà di alienare, all'infuori del caso di una colpevole prodigalità punita con l'*interdictio commercio,* ma indirettamente vi pervennero in parte col mantenere rigorose formalità per il trasferimento del dominio, come era la *mancipatio.* Nell'antico diritto germanico il divieto ad alienare gli immobili senza giuste cause trovasi espresso in molte forme; la *lex Burgundionum* LXXXIV 1, per esempio, dice così: « Quia cognovimus Burgundiones sortes suas nimia facilitate distrahere, hac præsenti lege credidimus statuendum ut nulli vendere terram suam liceat, nisi illi qui alio loco sortem aut possessiones habet. » Come vedesi, è un socialismo di stato avente lo scopo di tutelare gl'interessi privati.[158]

---

[158] A tutti i diritti antichi ripugnò la *donazione*, come quella che frequente e larga avrebbe sconvolto il sistema sociale della proprietà. Anche i codici moderni tentano di limitarla col mezzo di grandi formalità: il codice italiano vuole l'*atto pubblico.*

Ma più lungamente e più utilmente durarono i limiti nascenti dai diritti della famiglia. Si è oggi pervenuti ad un sistema così libero e anzi libertino che il padre non ha altri freni che l'obbligo agli alimenti dei figli e il diritto di costoro alla legittima: la famiglia tende perciò a scompaginarsi, sopraffatta dall'individuo. Ma in tutto il medio evo non fu così, e l'idea che alla famiglia appartenesse la proprietà della terra diede luogo a un insieme di limitazioni al potere individuale. Il CONDOMINIO FAMIGLIARE era un istituto che realmente esisteva, ed ogni alienazione che facesse il padre dovea avere il consenso dei figli.[159]

Concludo: i limiti alla proprietà sorgono dalle condizioni sociali del popolo e del tempo, dai bisogni economici, dal contemperamento della comunità e dell'individuo, da fenomeni politici, da consigli agricoli e industriali; cioè da tutta la civiltà.

§ 22. — Il possesso distinto dalla proprietà.[160]

Il possedere le cose è normalmente una cosa connessa con l'esserne proprietario: anzi il diritto primitivo di ogni popolo fa dal possesso nascere la proprietà, perchè il possesso indicando la forza dell'uomo che fa sue le cose è nei popoli giovani la via principale per ottenere il dominio riconosciuto. E questo possesso è più visibile e più diretto nelle cose mobili, e si è già visto che il diritto germanico e i diritti moderni gli danno l'effetto di equivalere in genere a vera pro-

---

[159] Ne discorre lo Schupfer *Allodio* 100. Ancora oggi una traccia dell'influenza dell'interesse famigliare si ha nella *dote:* i limiti suoi particolari fanno che sui beni dotali all'istituto del comune dominio si sostituisca un *ius dotis.*

[160] Miraglia *Filosofia del diritto* I 249.

prietà.[161] Ma nello sviluppo dell'organismo giuridico si perviene a concepire il dominio come un vinculum iuris che può non esser unito con il possesso; e si perviene a proteggere il possesso indipendentemente dalla proprietà, e anzi contro lo stesso proprietario; sì che al concetto primitivo che *la proprietà è il possesso rispettato* si sostituisce la massima romana che *possessio nihil commune habet cum proprietate.* Fu anzi il diritto romano che influì sul diritto germanico per fargli distinguere il giudizio *possessorio* dal *petitorio* (Pertile IV 171). La evoluzione giuridica è pervenuta a distinguere tre specie di possesso: la detenzione; il possesso ad interdicta; il possesso ad usucapionem.

Nuda detentio. — Quando si ha il possesso di una cosa tenendola in nome altrui, e in genere senza l'idea di esercitare sulla cosa un diritto reale, se ne ha la semplice detenzione o *possessio naturalis.* Il diritto romano non proteggeva questo possesso, perchè contro le turbative o le spogliazioni avea diritto ad opporsi il vero proprietario e possessore giuridico della cosa. Ma i diritti moderni hanno accettato le teorie medioevali del giure canonico e dei civilisti, e hanno distinto la turbativa dalla spogliazione: in quella il pericolo non è urgente, e il detentore non è protetto, ma deve avvertirne colui nel nome del quale possiede (art. 1587);[162] nella spogliazione invece l'elemento necessario della *violenza* o della *clandestinità* offende anche il detentore come detentore, e perciò a riavere la cosa detenuta gli è data l'*actio spolii* o *reintegranda.* E infatti l'articolo 695 del codice nostro che tratta dell'azione di reintegrazione la fonda sul possesso *qualunque esso sia.*

---

[161] Possesso, appropriamento, dominio formavano un solo concetto, e contenevansi in una sola parola: *gewere* in Germania e *saisine* in Francia. Veggasi Pertile *Storia* IV 164.

[162] D. XLIII 17, 3, 8 e D. XLIII 16, 20.

e perciò l'accorda al detentore senza però togliere le azioni possessorie del vero giuridico possessore (art. 697). Questo sistema è solo l'effetto di teorie francesi o invece ha logiche e pratiche ragioni di essere? Contro di esso si è osservato che la reintegra è un' azione possessoria, e perciò deve fondarsi non solo su la *violenza*, ma anche sul *possesso;*[163] ma in questo ragionamento è un circolo vizioso, imperocchè il possesso naturale c'è pure nella detenzione, e la questione torna ad essere la stessa, se cioè il possesso giuridico solo od anche il materiale possa esser la base dell'azione di spoglio. Che il concetto tradizionale dell'azione possessoria, come l'hanno tramandato i Romani, supponga il possesso giuridico non è cosa dubbia; ma questo concetto tradizionale è opportuno che in parte sia mutato? Qui è la vera controversia; e se si considera che la protezione del possesso è in genere la protezione di un diritto, cioè di un fatto con elementi possibili di costruzione giuridica, ma che diventa la protezione contro la *violenza* e la *clandestinità* nel caso dello spoglio, allora la nuda detenzione si appalesa meritevole di tale garanzia.

Possesso giuridico. — È il possesso naturale di una cosa con l'aggiunta dell'*animo di tener la cosa come propria,*[164] e coi requisiti di essere continuo, pacifico (*nec vi*), pubblico (*nec clam*) e non a titolo precario (*nec precario*): il nostro codice nell'articolo 686 lo chiama *possesso legittimo.* Perchè è protetto? è un diritto o è un fatto? quale è la natura delle azioni sue proprie? Sono tre questioni che hanno fatto sorgere molte diverse teorie: quanto alla prima bisogna anzitutto pensare che l'origine del dominio è appunto nell'impossessamento delle cose; e se un possessore giuridico

---

[163] Così dice il Miraglia *Filosofia del diritto* I 255.

[164] Paolo (*rec. sent.* V 2, 1): *possessionem acquirimus animo et corpore.*

rimane possessore e non diventa proprietario, ciò dipende dal precedente vincolo di dominio che su quella cosa aveva un' altra persona, ed ha mantenuto in virtù del diritto. Sì che il possesso giuridico è una specie di proprietà fuorchè di fronte al vero proprietario ex iure: e quando la giurisprudenza arriva a concepire il dominio esistente come vinculum iuris senza che si abbia più la cosa, ha con ciò riconosciuto che staccato dal dominio c' è il possesso giuridico; il dominio nudo (dirò così) lo protegge con la rei vindicatio (*giudizio petitorio*) e il possesso con azioni relative (*giudizio possessorio*). È naturale che il possessore giuridico sia protetto anche contro il proprietario, perchè egli ha il possesso, ha cioè una posizione di fatto che manca al proprietario che l' ha perduta. Il possesso dunque è un *ius in re:* sulla cosa possiamo avere diritti reali parziali, come le servitù e il pegno; o un diritto reale generale come il possesso con l' animo rem sibi habendi; o finalmente il dominio che è quel possesso mancante dell' impedimento ad essere proprietà e derivante dal trovarsi la proprietà già in altri. La frase romana *possessor hoc ipso quod possessor est plus iuris habet quam ille qui non possidet* va intesa in questo senso, che cioè il possessore con l' animo di aver per propria la cosa, ha fatto su di essa una occupatio, la quale non gli genera il dominio, *unicamente* perchè il dominio è già in altri. Se la cosa fosse *nullius* il possessore giuridico ne sarebbe subito proprietario; ma siccome è *alicuius*, così non ne acquista la proprietà, ma in ciò che acquista è protetto perchè ciò che acquista è una situazione per sè stante, ed è un rapporto economico reale; cumulativamente concorrono a riconoscere questo rapporto altri concetti come la repressione della violenza altrui (Savigny), il non turbamento dell' ordine pubblico (Rudorff), la presunzione del dominio (Roma-

gnosi), l'essere il possesso il lato esteriore della proprietà (Ihering), e il rispetto al volere umano (Randa).

Quanto alla seconda questione, se cioè il possesso sia un diritto o un fatto, non la credo possibile filosoficamente: tutti gl'istituti giuridici sono un *fatto* nella loro concreta esistenza, e tutti sono un *diritto* appunto perchè regolati con norme che son divenute giuridiche. Il possesso è dunque un fatto come è un fatto l'occupazione; ma diventa un diritto quando ha norme ed effetti giuridici.

Quanto alla terza questione circa la natura delle azioni possessorie, non si trova in esse niente che sia diverso dalle altre azioni. Il diritto romano proteggeva il possesso con *interdicta* e non con *actiones*, ma ciò dipese da condizioni storiche e processuali che non permettono che si salga ad un concetto generale, cioè filosofico: anzi nel terzo periodo del diritto romano gl'interdetti furono compresi nelle forme della procedura ordinaria, divennero cioè vere azioni, e Giustiniano disse: *iudicatur sine interdictis perinde ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.* Un carattere specifico le azioni possessorie lo hanno però, e per loro natura; ed è la necessità di provvedimenti energici e pronti, in ispecie se si tratta di togliere l'effetto di un atto violento o clandestino come è nell'actio spolii: dice dunque bene a proposito di essa il nostro articolo 696 che la reintegrazione dovrà ordinarsi dal giudice *senza dilazione e con la maggiore celerità di procedura.*[165]

---

[165] Il provvedimento per la pronta reintegrazione può darsi anche in un giorno festivo per l'articolo 304 del regolamento giudiziario. La celerità della procedura ha fatto disporre che le azioni possessorie devono sempre e qualunque ne sia il valore introdursi innanzi al pretore (art. 82 del cod. di proc. civ.), salvo il caso che si tratti di turbamenti o spogli posteriori ad un giudizio petitorio già iniziato (art. 444 del cod. di proc. civ.).

Potendo il possesso essere violato o con la turbativa o con lo spoglio, è naturale che le azioni possessorie sieno due, delle quali è bene parlare partitamente.

a) **Azione contro le molestie al possesso.** — Il diritto romano aveva l' *interdictum uti possidetis* per le cose immobili e l' *utrubi* per le mobili; invece il nostro codice, che chiama quest' azione *manutenzione* (art. 694), la limita solo alle cose immobili, ai diritti reali, e alle universitates iuris. Questa è una prima differenza. Il diritto romano non richiedeva per l' interdetto uti possidetis che l' esistenza del possesso al momento in cui l' interdetto era pronunciato, mentre il nostro codice vuole il possesso *oltreannale*. Questa è una seconda differenza. Quanto alla prima, è da notare che l' interdetto utrubi serviva pure per il ricupero delle cose mobili, mentre oggi vale per esse l' azione di spoglio: trattandosi di semplici turbative, è difficile praticamente imaginare come possano avvenire su cose mobili, tanto più nel sistema odierno che per esse il possesso vale titolo. Quanto al requisito del possesso oltreannale, è da trovarne l' origine nel diritto germanico: in quello antico il possesso della cosa per più di un anno con buona fede e giusto titolo produceva generalmente la proprietà [166] ed era *la prescrizione di un anno e un giorno*.[167] A similitudine di ciò il possesso garentito come possesso doveva essere di più di un anno, e così nel diritto francese sorse la sesina annale.[168] Il nostro codice si ispirò a queste tradizioni, e perciò non accorda la manutenzione che a chi possiede legittima-

---

[166] Schupfer *Allodio* 122; Pertile *Storia* IV 212. Nel *Lib. Feud.* II 9, 3 si dice *annale silentium*.

[167] Federico Secondo l'abolì nel regno di Sicilia (*Const. Sic.* III 37), ma durò in altre parti dell'Italia, e nel 1531 la si trova negli *Stat. mont.* (di Carlo Terzo) § 68.

[168] Pertile IV 175.

mente da oltre un anno; ma nel sistema moderno nel quale il possesso è ben distinto dalla proprietà ed esso possesso ha bisogno d'altri requisiti per l'usucapione, non ha più ragione di essere questo termine di un anno.

b) **Azione contro lo spoglio del possesso.** — Per riavere il possesso perduto il diritto romano dava come interdetto tipo quello *de vi* relativo solo alle cose immobili, mentre il nostro articolo 695 dà l'*actio spolii* anche per le cose mobili, e richiede due sole condizioni che sono il possesso *qualunque sia* e perciò anche la detenzione in nome altrui, e la violenza o la clandestinità dello spoglio.[169] L'azione di spoglio o *redintegranda* fu nelle teorie medioevali modellata in molti punti sopra l'interdetto romano *de vi,* ma deve la sua origine tipica al diritto canonico, il quale disponeva che prima di giudicare un vescovo cacciato dalla sua sede dovevasi ripristinarlo in essa. L'editto di Graziano, capo 3, diceva: *redintegranda sunt omnia expoliatis vel eiectis episcopis.* La massima canonica *spoliatus ante omnia restituendus* corrispondente alla francese *nul ne doit plaider dessaisi* è ancora il cardine della nostra azione di spoglio e la causa dell'eccezionale disposizione dell'articolo 696 del codice italiano.

Il diritto romano prima, e poi il medioevale e i moderni[170] concepiscono il possesso anche sui diritti, che la dottrina dice *quasi possessio.* Si tratta di una analogia, che però ha il suo fondamento nella realtà: quando sopra una cosa è esercitato un diritto con l'intenzione

---

[169] Come già nel secolo decimoterzo l'azione di spoglio fosse data anche per le cose mobili e anche al detentore o possessore naturale è detto in Pertile *Storia* IV 181. L'una e l'altra cosa sono conformi ai concetti giuridici: della detenzione si disse sopra; e per le cose mobili, non è alcuna ragione di privarle di tale protezione. Lo stesso diritto romano vi suppliva con altri mezzi, cioè con l'interdetto *utrubi* prima e con le *condictiones* poi.

[170] Articoli 685 e 691 del codice civile italiano.

di averlo come proprio, si possiede giuridicamente la cosa sotto l'aspetto di quell'uso che è il contenuto di quel diritto. Evidentemente solo i *diritti reali*[171] sono capaci di possesso: il diritto canonico però e la pratica antica forense l'estendevano ai diritti episcopali, ai titoli nobiliari, e ai diritti pubblici. La troppa estensione dei concetti finisce col distruggerli: impropriamente si parla pure di proprietà di crediti, ma tutto il diritto ariano è invece imperniato sopra la norma che la proprietà si ha solo sulle cose corporali e su le università di cose; così il possesso può aversi solo sopra le cose o sopra gli iura in re aliena.

Una regola comune alle due azioni possessorie è che si devono intentare *entro l' anno* dalla molestia o dallo spoglio; la quale è in sostanza una *annalis præscriptio* dell' azione possessoria stessa. Questa regola si fonda su la tradizione romana, ma è anche giustificabile per sè stessa, perchè questo termine breve è connesso con la natura di questo diritto: non essendo un vinculum iuris che derivi dalla legge, ma essendo una specie di occupazione, il possesso produce conseguenze giuridiche finchè è possesso, e al più queste conseguenze prolungansi ex se per un anno perchè sia dato il tempo necessario per il loro esperimento giudiziario.

Possesso generante prescrizione. — Quel medesimo possesso giuridico e legittimo che è protetto dal diritto condurrebbe alla proprietà, se la cosa non fosse già di

---

[171] L'art. 694 accorda espressamente l'azione di manutenzione sopra i *diritti reali*, e quindi la servitù e la superficie. E per gli altri iura in re? quanto all'enfiteusi il diritto romano ammetteva che l'enfiteuta avesse una vera *possessio corporis*, e ciò può dirsi anche oggi; quanto al pegno, in diritto romano il pignoratario aveva pure la possessio corporis; quanto all'ipoteca, suolsi ritenere che non possa essere oggetto di possesso nè di quasi possesso *continuato*. — L'azione di spoglio è ammessa nelle servitù (continue e discontinue)? Prevale l'affermativa.

un altro; ma siccome il diritto stabilisce che l'azione rivendicatoria si prescrive in trent' anni, così quel possesso continuo per trent' anni finisce per produrre la prescrizione dell' azione del proprietario antico e generare la proprietà nel possessore.[172] Quando al possesso si aggiungano la buona fede[173] e il giusto titolo,[174] bastano dieci anni per convertire il possesso in proprietà: è l'*usucapione*. Il possesso con buona fede e senza giusto titolo[175] produce alcuni effetti maggiori che il semplice possesso legittimo, come l'acquisto dei frutti percepiti[176] e l'*ius retentionis* dei beni posseduti per farsi dal proprietario rivendicante pagare i miglioramenti *realmente fatti* e *sussistenti*.[177]

---

[172] Quest'ultimo è però un punto contestato. Se ne è parlato a pag. 185, 186.

[173] La coscienza e credenza cioè di essere proprietario in forza di un titolo abile a trasferire il dominio ma del quale s'ignoravano i vizii (art. 701). Questa buona fede dev'essere stata nel momento dell'acquisto (art. 702): *superveniens non nocet.*

[174] Titolo di acquisto realmente esistente (non putativo), non nullo per difetto di forma, e debitamente trascritto (art. 2137).

[175] S'intende *senza* il titolo nel senso dell'art. 2137, ma *col* titolo nel senso dell'art. 701.

[176] Art. 703. In dir. rom. erano solo i frutti *consumti:* oggi tutti i *percepti,* perchè per essere i frutti una cosa mobile si applica l'art. 707.

[177] Praticamente le azioni possessorie servono a difendere la proprietà, tanto più per gli immobili dove la prova del dominio è difficilissima. In un sistema più civile di ordinamento della proprietà, quando con registri pubblici la prova del diritto sarà spiccia e facile, scompariranno le azioni possessorie? Il *possessorium* è solo diretto a rimediare alle difficoltà e lungaggini del *petitorium?* L'una e l'altra cosa è stata affermata ed ha una grande parte di vero, ma un campo al possessorio rimarrà sempre, in ispecie per i casi di un possesso legittimo disgiunto dalla proprietà. E questi casi vanno diminuendo, in ispecie per gli immobili, più che un popolo diventa civile, i fondi coltivati, la popolazione densa; ma non è possibile che scompaiano del tutto.

§ 23. — **Iura in re aliena.**

Il mondo romano ha concepito i varii diritti sopra una cosa in un modo che ha fatto fortuna nella giurisprudenza di tutti i popoli europei; ha cioè ammesso che l'appartenenza generica (dominium) di una cosa sia di una sola persona, e che i varii usi della cosa stessa possano essere concessi ad altri sotto la forma di diritti *in re* ALIENA. Nella possibilità logica vi erano altri mezzi di fare la *costruzione giuridica* della ripartizione degli usi di una cosa, come sarebbe la *partecipanza* degli utenti, o un condominio fra proprietario e usufruttuario, o la categoria del dominio diretto e utile e dell'ius feudi del medio evo. Vero è però che dopo molte lotte il sistema romano ha trionfato: dunque è il migliore. Non è infatti chi non vede la sua semplicità e la chiarezza, perchè il dominio rappresenta la generica e indeterminata potestà di una persona sopra una cosa, e l'ius in re aliena è un potere su di essa che è specifico e fissato con limiti precisi. L'uso delle cose del mondo è lo scopo dell'uomo: ora quest'uso è così vario e molteplice che una stessa cosa può servire a più persone: è in dominio di colui al quale serve indeterminatamente: è oggetto di un diritto reale a favore di colui che ha diritto a servirsene solo nel modo che è stato fissato. Nell'uno e nell'altro caso si ha un *ius in re* perchè il diritto si esercita indipendentemente da un vincolo con un'altra persona, ma direttamente con la cosa: la caratteristica giuridica dell'ius in re è che può esistere *erga omnes,* e generare un'azione contro chiunque possiede la cosa.

Il rapporto fra il dominio e gli altri diritti reali ha questo d'interessante, che se anche sopra una cosa si costituiscono tanti diritti reali a separate persone quanto

sono le utilità della cosa stessa, pure essa rimane in dominio del primo proprietario; perchè il dominio è qualche cosa di più della somma delle utilità che danno gli oggetti, è cioè la *indeterminata possibilità* di tutte le utilità immaginabili: in questo senso il dominio è un vincolo che la legge riconosce indipendentemente dal godimento delle cose. Ma vi è un limite in questo concetto: se il diritto reale concesso ad altri è tale che praticamente *esaurisce* le utilità della cosa come è nella *enfiteusi*, allora è difficile concepire il dominio consistente nel solo vincolo del concedente ed estrinsecato nel solo canone; ed allora sorge la teoria medioevale che riduce questo vincolo ad un puro *dominium directum*, oppure sorge la teoria moderna che dice il proprietario essere non il concedente ma l'enfiteuta.

La storia degli *iura in re* ha un alto valore filosofico, e dimostra che da prima si concepì il diritto sopra una parte materiale del fondo altrui, e poi si pervenne all'idea di un diritto sopra un'utilità della cosa. Pare infatti che nel mondo romano le prime servitù furono le *prediali rustiche*, e fra queste prime le quattro fondamentali di *rivus* (acquedotto), *aqua* (aquæ haustus), *iter* e *actus*;[178] le quali erano estrinsecate nell'acqua o nel canale o nella via, sì che questi diritti reali consistevano in una specie di comproprietà su quell'acqua o su quella strada. Ma alle rustiche aggiunte le servitù urbane più immateriali (come l'*altius non tollendi*), e poi anche le personali, il concetto del diritto sopra un'utilità cioè di un ius in re aliena si sviluppò completamente.

Quanti sono i diritti su le cose altrui? La risposta è facile: sono tanti quante sono le utilità di una cosa capaci di essere cedute ed esercitate da una persona di-

[178] Voigt *Servituten* (1874) p. 31. Quelle quattro servitù sono gli IURA ITINERUM ET AQUARUM di Cicerone (*pro Cæc.* XXVI 74).

versa dal proprietario.[179] Il diritto romano li raggruppò sotto un concetto unico, quello di *servitus*: ma ogni servitus ha un contenuto suo proprio, e possono aversi tante servitutes quanti usi possonsi fare di una cosa. Quàndo dunque si dice servitus non si dice quale utilità è assunta ad oggetto del diritto reale: bisogna dire servitù di pascere, di passaggio, di usufrutto e simili. Quest' idea è bene espressa nel D. VIII 4, 7: *in tradendis unis ædibus ab eo qui binas habet species servitutis exprimenda est, ne si generaliter servire dictum erit aut nihil valeat, quia incertum sit quæ servitus excepta est, aut omnis servitus imponi debeat.* L' istituto delle servitù è dunque l' esempio più mirabile della potenza logica di trovare le norme generali e comuni ad un numero immenso di fatti; qualunque utilità infatti si costituisca come diritto reale, va sottoposta alle regole che sono esposte dall' istituto delle servitù. A questa grande teoria delle servitutes alcune forme di diritto reale vanno sottoposte solo in parte,[180] ma hanno figura e norme proprie: perciò i Romani ne fecero *categorie nominate*,[181] e furono l' *enfiteusi*, la *superficie*, e il *pegno*.[182] È con ciò chiusa la serie dei

---

[179] Da questi elementi derivano tutte le regole delle servitù; così quella che *in faciendo consistere non possunt;* che *nemini res sua servit;* che *causa perpetua esse debet.* La tradizionale regola della *inalienabilità* può essere molto discussa e concussa: ad ogni modo la sua base fu erroneamente cercata nella natura di *ius in re.*

[180] In un buon sistema di diritto privato dovrebbesi perciò trattare prima delle norme comuni a *tutti* i diritti reali. Molte norme delle servitù sono infatti comuni agli altri iura in re.

[181] Nei diritti reali è come nelle obbligazioni: ai contratti innominati corrispondono le servitù, e ai nominati corrispondono l' enfiteusi, la superficie e il pegno.

[182] I diritti reali sono in genere stabiliti per consuetudine sopra cose immobili, ma ciò non è necessario. L'usufrutto, l'uso e il pegno versano pure su cose mobili. E le cose mobili son capaci di altri diritti reali, e quindi servitù? Tradizionalmente no, ma non v'è ri-

diritti reali? vi possono cioè essere alcuni usi della cosa che non sieno del tutto regolati dalle norme delle servitù, e formino una nuova categoria di ius in re? Certo che sì, e la storia del diritto medioevale lo dimostra. Anzi tutto c'era il *feudo:* il signore che dava il feudo ne rimaneva proprietario, e il vassallo avea il pieno godimento a perpetuità con potestà di trasmissione; il diritto del vassallo non era un semplice usufrutto, ma un ius in re che i dottori chiamavano *dominium utile.*[183] Simili all'enfiteusi erano le *precarie* e i *livelli,* due nomi indicanti una stessa cosa, cioè un modo di prendere i fondi a coltivare e godere, senza le particolarità specifiche all'enfiteusi, come la prelazione il laudemio e la devoluzione: il livellario pagava un canone (*census, iustitia dominica*) e trasmetteva il suo diritto reale.[184] V'era anche la *terra censualis*: il concessionario ne aveva in genere il dominio utile, e poi gli si riconobbe la proprietà piena che poteva liberamente alienare; se non che egli e ogni successivo possessore dovea all'antico proprietario pagare un *census* come onere reale gravante sul fondo.[185]

Gli *usi civici* (legnatico, erbatico, pascolo ec.) dei quali si è parlato già, rappresentavano anticamente una forma di comproprietà; ma poi eransi ridotti ad essere altrettanti diritti sopra i fondi altrui.

Una grande categoria di diritti sulle cose erano nei secoli passati i così detti ONERI REALI e *decime;* pre-

---

pugnanza giuridica. Coi progressi dell'industria si potranno costituire diritti reali sopra alcune utilità delle cose mobili.

[183] Pertile *Storia* IV 191.

[184] *Precaria* era l'atto scritto con cui domandavasi il fondo a tale scopo; *livello* (libellus) era l'atto di concessione. Vedi però Pertile IV 287.

[185] Il Cod. Albert. art. 1940 diceva: « La rendita per prezzo d'alienazione o come condizione di cessione di immobili si chiama *rendita fondiaria.* »

stazioni che gravavano sul fondo e che dovea fare il suo possessore, il quale non poteva liberarsene che abbandonando quel fondo; d'altra parte l'investito del diritto poteva rivolgersi direttamente contro il fondo per essere soddisfatto.[186] Queste prestazioni qualcuno disse essere obbligazioni sorgenti dal possesso;[187] altri le disse pure obbligazioni garentite da una specie di ipoteca sul fondo;[188] e altri ancora le classificò fra le servitù.[189] È bene osservare che questi oneri non erano utilità che dava il fondo, ma erano prestazioni delle quali il fondo era il soggetto passivo e determinante la persona che doveva compierle: erano dunque *iura in re aliena* di una natura speciale, perchè non consistevano nell'usare di una cosa, ma di oneri che doveva soddisfare il possessore della cosa.[190] Tali erano i censi costituiti sul suolo come frutto di denaro imprestato (*census consignativi*); quelli che (in denaro o in frutti) si riservava chi cedeva un fondo (*census reservativi*); e le prestazioni di cibi vetture onori imposte ai coloni perpetui e livellarii che, divenuti proprietarii della terra loro affidata, trasmettevano questi pesi ai futuri possessori della terra stessa.[191] [192]

---

[186] Pertile *Storia* IV 411. [187] Savigny *Obligationenrecht* I 134.

[188] De Luca *De servitut.* 102, 3.

[189] Fu fino al principio di questo secolo l'opinione comune. Le si dissero *servitutes in faciendo* o *servitutes iuris germanici*. È molto più fondata l'analogia fra questi oneri e l'ipoteca: in ambedue l'ius in re consiste nella facoltà di vendere la res nel caso di non pagamento.

[190] Tali prestazioni si chiedevano in genere con azioni personali. Ma poteansi chiedere con l'*actio confessoria?* Era ritenuto che sì, osservando che anche nel dir. rom. l'obbligo positivo del *parietem reficere* nella *servitus oneris faciendi* domandavasi con la confessoria (D. VIII 5, 6, 2 e 3).

[191] Su la natura di questi oneri le opinioni sono diverse. Vegegansi in Pertile IV 414. — Lo studio delle *decime* e della loro abolizione esce dai limiti di questo lavoro.

[192] Il nostro codice ha mantenuto, modificandolo, l'istituto della

Concludo: la storia dimostra che furono molte le forme dei diritti reali lascianti intatta la proprietà nell'onerato; che le categorie romane di iura in re aliena erano ristrette, perchè economicamente non esistevano i fatti che si ebbero nel medio evo; che l'abolizione moderna dei censi dei livelli delle decime e degli oneri reali è dovuta più a ragioni di libertà economica e sociale, che a ragioni giuridiche; e che il diritto permette in astratto la costituzione di tanti diritti reali quante sono le utilità che una cosa può offrire.

Capo II. — LE OBBLIGAZIONI.

§ 24. — **I concetti fondamentali del diritto personale.**

Le parole sono l'aiuto e spesso anche la fonte delle idee, ma non in pochi casi riescono a confonderle e soffocarle; il che suole avvenire quando un nome si è mantenuto lo stesso per molti secoli, e invece ha cangiato la cosa da lui rappresentata. Così fu nei diritti personali: l'identità della parola *obbligazione* o *contratto* in popoli e tempi diversi ha spesso impedito che

rendita (perpetua o vitalizia). Se si vende o dona un immobile per avere una rendita annua, si ha la *rendita fondiaria* (art. 1780); e se si dà un capitale, si ha la *rendita semplice* (art. 1782); l'una e l'altra redimibile (art. 1783) senza nel concedente il diritto alla devoluzione (art. 1785). È un diritto reale o personale? La posizione giuridica oggi è chiara; si ha di fronte un contratto di compera, e perciò è personale il diritto alla rendita. Tale diritto però si può esercitare contro il terzo possessore, perchè tanto la rendita semplice (art. 1782) quanto la fondiaria (art. 1969) sono garentite da un'ipoteca: e allora il diritto contro i terzi nasce non dalla natura *reale* della rendita, ma dall'ipoteca che la garentisce. — Sopra l'affrancazione dei censi ec. veggasi la legge 24 gennaio 1864. In questa materia le condizioni economiche e gli studii degli economisti ebbero una parte immensa.

si riconosca non essersi sempre avuto un uguale concetto del vincolo obbligatorio. In questa parte il diritto romano raggiunse quasi il punto più alto dell'evoluzione, e perciò la sua influenza sul diritto medioevale e sui moderni fu maggiore qui che altrove: [193] il lavoro logico e tecnico dei giuristi romani fu per questo aspetto insuperabile, ed è pervenuto ad una meravigliosa precisione di concetti giuridici. La netta distinzione fra DIRITTI REALI e DIRITTI PERSONALI è una delle più grandi conquiste della giurisprudenza, ed è oggi una verità elementare; ma la storia mostra con quanti stenti sia lentamente sorta, e per quanto tempo non abbia esistito.

Il Maine (*Ancien droit* 244) dice che « la separazione dei diritti personali dai reali non ha senso nell' infanzia del diritto; le distinzioni dei giuristi posteriori non valgono che per i tempi posteriori. » È ricerca storica quella che studia come dalla omogeneità primitiva sorse a poco a poco questa bipartizione del diritto, e non può farsi in modo generico, ma in rapporto ad un dato popolo: per il diritto romano, per esempio, dovrebbesi tener molto conto delle forme processuali, le quali contribuirono più che ogni altra cosa a contrapporre nelle formule il *meum esse* al *dare oportere*.[194] È però necessaria una considerazione per comprendere che cosa s' intenda con questa *omogeneità* di diritti, imperocchè la larghezza della parola e il suo senso materiale delle scienze biologiche potrebbero na-

---

[193] Nei motivi dati dai compilatori del cod. franc. per il titolo dei contratti è detto così: « C'est là (nel Digesto) que sont les développements de la science du juste et de l'injuste; c'est là que doivent s'instruire ceux qui voudront y faire quelques progrès, et en général tous ceux qui seront chargés de la défense des lois consignées dans le Code français. » (Bigot Préameneau *Exposé des motifs* IV).

[194] Cogliolo *Saggi di evoluzione* 93.

scondere o alterare il concetto nostro: qualunque società primitiva, per quanto rozza e incipiente voglia imaginarsi, ha due generi di fatti molto diversi perchè possiede e gode i fondi e i frutti e d'altra parte pone in vita molte promesse fra i cittadini o agli Dei.

Questi due fatti qualunque anco giovanissimo popolo ha sentito che sono differenti, e la storia ha trovato che questa differenza esternavasi con formalità in parte non uguali: sotto questo aspetto dunque non c'è omogeneità. Essa incomincia a vedersi quando ci si domanda come questi due fatti (possesso delle cose e promesse personali) furono vestiti di effetti giuridici, e divennero diritto per mezzo dei giudici e dei giuristi; questi effetti sono nei primi tempi uguali tanto per i possessi quanto per le promesse; uguali sono le forme necessarie per creare l'atto giuridico, e anche se esistono contemporaneamente due forme diverse (come la *mancipatio* e la *sponsio*) pure il nocciolo delle regole e dei concetti è lo stesso. Non è che tutto fosse, come taluno disse, diritto reale perchè il diritto reale non può esistere che come contrapposto al personale; ma è che tutti i diritti si riducevano a un tipo unico e a una sola figura, il potere cioè dell'uomo (*potestas, manus*). Significantissimo argomento in favore di questa *omogeneità di tecnica giuridica* si trae dalla procedura dei popoli antichi: prendansi per esempio i Romani e i Germani, presso i quali un solo rituale di atti e parole, e uguali norme sul modo di giudicare, e identici criterii nell'eseguire la sentenza reggevano i diritti reali e i personali. A questo proposito viene in mente una recente teoria che vuole l'unica prima azione romana esser stata la *vindicatio*, applicabile tanto alle cose quanto ai crediti; secondo la definizione generale che ne diede Cicerone: *vindicatio per quam vis aut iniuria et omnino omne quod abfuturum est*

defendendo aut ulciscendo propulsatur.[195] Va pur notato un fatto molto importante, che cioè l' antica procedura romana era tanto ispirata all' idea di una omogenea potestà sotto la forma di possessi o di promesse, che quando il concetto del diritto personale fecesi strada, e in ispecie sorsero nuovi generi di contratti richiesti dal nascente e crescente commercio di Roma, allora quell' antica procedura fu insufficiente, e si crearono nuovi modus agendi.[196]

L' obbligazione non ha avuto sempre un uguale concetto, ma diverso secondo lo sviluppo del popolo e in ispecie delle sue condizioni economiche. La prima forma sotto la quale la troviamo nella coscienza sociale e anche nelle più antiche costruzioni giuridiche è quella di obbligo assunto innanzi agli Dei, e tale che violarlo è non solo disobbedire alla divinità ma anche offendere la persona del creditore. Che il non pagare fosse un' offesa privata e non si distinguesse tra il contratto e il delitto è cosa nota agli storici, i quali è in questo modo che possono spiegare gli effetti giuridici delle obbligazioni presso gli antichi Romani Germani Celti e Indiani: la esecuzione personale nella sua forma più remota, anche precedente a quella delle XII Tavole, ha tutto l' aspetto di una vendetta privata contro l' offensore, cioè il debitore non pagante; e così l' obbligo dei parenti e dei vicini di pagare i debiti d' uno di loro deriva dal concetto più generale che l' offesa fatta da una persona o ad una persona è come se fosse fatta dalla o alla sua famiglia.

Furono innumerevoli le cause e i modi per i quali l' obbligazione perdette questo elemento intimo e si convertì in un *obbligo patrimoniale;* molti popoli non vi

---

[195] *De Inv.* II 53, 161.

[196] Alludo precipuamente alla *legis actio per condictionem.*

riuscirono, ed invece vi pervennero quasi completamente i Romani che trasmisero ai popoli germanici i resultamenti della loro evoluzione. È noto quale fosse il concetto romano ultimo: l'obbligazione è un *vinculum iuris* intercedente fra due persone e diretto ad *aliquid dandum vel faciendum* il cui adempimento può essere raggiunto coattivamente con l'espropriazione di tutto il patrimonio del debitore. Fu allora formulata anche teoricamente la differenza fra il diritto reala (*ius* IN *re*) e il personale (*ius* AD *rem*); il reale è una potestà immediata sulla cosa, che si ottiene contro *qualunque* possessore di essa; il personale è un vincolo giuridico fra due persone, che si converte in un diritto non su tutte le cose del debitore che sieno passate ad altri, ma solo su quelle ch' egli ha al momento dell'esecuzione forzata.[197] Quello che importa fissare bene è che per diritto romano l'obbligazione è sempre un puro *vincolo personale,* intercedente cioè tra due determinate persone e non fra altre; perciò non alienabile e non capace di passare in altri.[198] Questo carattere *personale,* inteso in un modo così rigoroso, era un avanzo del concetto più antico della obbligazione.[199] Nel medio evo e nei popoli moderni è esso rimasto? poteva durare in una società con diverse e più evolute condizioni economiche? rappresenta l'ultimo stadio di evo-

---

[197] L'*actio paulliana* è un rimedio per la revoca delle alienazioni. Conferma dunque il principio sopra detto.

[198] Si pensi agli artificii di tecnica giuridica escogitati dai Romani per ammettere la *cessio nominum* e il passaggio delle obbligazioni agli eredi.

[199] La *personalità* del vincolo obbligatorio era economicamente dannosa, perchè sprovvista di garenzie. I Romani vi rimediarono col sostituire all'esecuzione personale (conseguenza *logica* della personalità) la esecuzione sui beni, e col trovare come forma di garenzia l'ipoteca, che è un diritto reale essa stessa che non altera il concetto del vincolo personale.

luzione, o ve ne fu anche un altro? nei codici presenti che cosa è l'obbligazione? Sono domande che interessano la filosofia del diritto, come quella che di ogni istituto giuridico cerca la più evoluta essenza e le sue leggi più generali che sia possibile. Si dirà dopo della cessione dei crediti come vera alienazione, dei titoli al portatore medioevali e di tutte le forme moderne di credito circolante: per ora basta ricordarli per comprendere che l'elemento patrimoniale ha sopraffatto il personale. Oggi l'obbligazione è sempre un vincolo tra due persone, ma queste persone non sono solo quelle che hanno contrattato ma qualunque altra che ha preso il loro posto: le persone fra le quali esiste il vincolo sono *generiche* e non *individuali*, e perciò l'obbligazione vive staccata da loro. Purchè ci sieno sempre due *persone* e non due *cose* a sostenerla, poco importa quali persone. Il credito vien così ad essere una forma di beni economici, una specie di moneta: mantiene la sua differenza col diritto reale perchè si limita a vivere fra due persone, ma la possibilità di una continua sostituzione in queste persone gli dà il carattere di bene economico, e di diritto personale sempre ma del tutto patrimoniale.[200] Con questo concetto moderno dell'obbligazione si comprende bene la possibilità e la natura dei *titoli al portatore*, nei quali il creditore di-

[200] È da notare che il carattere patrimoniale dell'obbligazione nel senso di una non diretta dipendenza dalle persone contraenti si trova già nel diritto romano in alcune applicazioni; non in tutte le sue possibili. Guardisi la teorica del pagamento: chiunque può pagare invece del debitore, e il creditore non può rifiutare; se si paga a un terzo, che cioè non sia il creditore, può il pagamento convalidarsi con l'istituto della gestione di affari. In questi casi la obbligazione si presenta come un diritto patrimoniale funzionante da bene economico: la natura di vincolo personale esiste solo per negarle gli effetti del diritto reale. Tutta la gestione di affari poi è sorretta dall'elemento patrimoniale.

venta colui che li possiede: e si ha così una serie di crediti circolanti (biglietti di banca, vaglia, checks), i quali come cose mobili diventano proprietà di chi ne ha il possesso. E infatti la inesattezza delle parole e la dose invisibile di elemento personale nei crediti circolanti fa che comunemente si parli di *proprietà* di titoli e biglietti. Anche il nostro codice (art. 1538) dice che con la cessione dei crediti il cessionario *ne acquista la proprietà.* La frase è impropria: per quanto l'elemento patrimoniale sostituisca sempre più il personale, la obbligazione rimarrà un vincolo fra due persone e non una potestà sopra le cose.[201] Del documento giustificante il credito si ha la vera proprietà, perchè esso è carta o legno o altro, ma sempre cosa materiale. Quale è dunque l'essenziale differenza in ciò fra i diritti moderni e il romano? Per ambedue l'obbligazione è un vincolo tra due persone, ma nel romano queste persone sono *individualmente* determinate e devono rimanere le stesse (salvo le eccezioni e gli artificii trovati, in ispecie sotto forma di delega e rappresentanza), mentre oggi possono essere sostituite da altre in modo che il successore diventa diretto debitore o creditore, e colui al quale si successe cessa di essere tale. Si ha dunque sempre un rapporto tra due persone, ma non individualmente fisse: basta che sien persone capaci, quali non importa. Come si *alienano* i diritti reali così si *alienano* i diritti personali, perchè l'essere *personale* non vuol dire essere unito con la *fisica* individualità di una persona, ma vuol dire concernere una persona *qualunque* e non una cosa.[202]

---

[201] Anche l'art. 256 del cod. comm. dice che *la girata trasferisce la* PROPRIETÀ *della cambiale.*

[202] In tutti i diritti si verifica questa legge: *passaggio dall'inalienabilità all'alienabilità.* Nei popoli primitivi anche le cose (specie le immobili) non si possono vendere, anche perchè appartengono a

La differenza fra il diritto reale e il personale si riduce in sostanza a questa sola: il diritto reale è una *potestà sopra un godimento della cosa* e il diritto personale è una *prestazione da farsi da una persona*. Una formula più semplice e più completa non è possibile: essa mostra come tutti gli oneri dei fondi che esistevano nei secoli passati potessero difficilmente dirsi diritti reali, perchè erano *prestazioni* e non *usi* della cosa,[203] e la ripugnanza a dirli diritti personali derivava principalmente dall'aversi dell'obbligazione il concetto romano che non ammetteva la sostituzione diretta e in nome proprio di altre persone alle contraenti. L'obbligo ad una prestazione può derivare dal contratto o dal delitto o dalla legge o anche da una condizione di fatto, come l'essere padre o marito o possessore di un fondo. Quest'ultimo caso c'interessa qui, perchè potendo i possessori di un fondo succedersi l'un l'altro la obbligazione rimane come vincolo fra due persone, ma una di queste due persone muta sempre e si confonde con l'ultimo possessore. Questo concetto spiega quelle che i forensi solevano e sogliono dire *obbligazioni reali*, le quali sono vere *obbligazioni* e possono chiamarsi *reali* perchè nascono dal fatto di avere il dominio o il possesso di una cosa. Così è per chi possiede un oggetto oppignorato od ipotecato ad altri: qui

---

famiglie e non ad individui; e in questo senso tutti i diritti antichi erano personali. Poi rimase l'inalienabilità per i crediti, e ora scomparve. Le servitù prediali furono pure inalienabili. Subiranno la stessa sorte, nei limiti si intende della possibilità? Lo stadio ultimo dell'evoluzione porterà ad accettare per *tutte* le specie di diritti questa norma: *potersi alienare tutto ciò che passando in un'altra persona non si guasta e non perde il valore economico.* Provi il lettore ad applicare questa norma alle servitù.

[203] Se ne è parlato nella fine del § 23. Tali erano i censi come costituzioni di rendita; i diritti dei patronati reali; i diritti di bannalità inerenti ai fondi.

non si tratta che del diritto reale concesso al creditore; e qualunque diritto reale genera un obbligo negativo in tutti, ed uno positivo in chi possiede la cosa. L'obbligo adunque del terzo possessore del pegno non è un'obbligazione vera nè personale nè reale, ma è un obbligo prodotto da un diritto reale che sta in altri. La confusione di questi concetti e la attribuzione del nome *reale* all'obbligo del possessore del pegno di consegnarlo al creditore, derivarono da qualche espressione del diritto romano; così le fonti a proposito del pegno dicono *res obligata* e *obligatio rei*, ma solo come un modo di esprimere il concetto.[204] Tutti i diritti reali generano negli eventuali possessori l'obbligo della restituzione dell'obbietto: forse che quest'obbligo è un'obbligazione reale? Certamente che no. Lo stesso deve dirsi di quei casi in cui un obbligo sorge in una persona non per la sua volontà nè per un suo fatto, ma come l'effetto del diritto di un'altra persona. Nell'*actio ad exhibendum*, nell'*actio aquæ pluviæ arcendæ* e nell'*actio quod metus causa*, l'obbligo nel terzo possessore non è un'obbligazione da doversi qualificare, ma è l'effetto del diritto indipendente di un'altra persona; ed il nome di *actio in rem scripta* che le fonti (D. IV 2, 9, 8) danno alla *quod metus* e gli scrittori estendono anche ad altre, è una locuzione che non ha un concetto determinato, e che non suffraga l'esistenza di obbligazioni reali.

Meritano speciale considerazione quelle prestazioni che in alcuni casi devono esser fatte dal proprietario di un fondo serviente, come l'obbligo del ristauro della parete nella *servitus oneris ferendi*, e come gli ob-

---

[204] Voigt *XII Taf.* II 431 nota 5. Così pure nel *ius sacrum* si ha *locum religione obligatum* (Cic. *de Leg.* II 23, 58); nel *ius publicum* si ha *vectigales agri obligati.*

blighi del serviente assunti in forza del titolo costitutivo (art. 643 cod. civ.). Questi obblighi sorgono in una persona in quanto è proprietaria; nè ciò conferisce loro l'attributo di obblighi *reali*, imperocchè è noto che spesso un'obbligazione sorge dal porsi l'individuo in certe condizioni contemplate dalla legge. E come si possono aver obblighi in quanto si è *padre*, così si hanno obblighi in quanto si è *proprietarii*; la differenza è che la qualità di padre è perpetua mentre la qualità di proprietario può cessare, e, cessando, cessano gli obblighi corrispondenti. Del resto tutto ciò concerne la causa dell'obbligazione; ma, una volta sorta, ha la natura delle altre obbligazioni, e quindi non esiste la categoria delle obbligazioni reali, come categoria a sè. Un'altra particolarità può però far dubitare; ed è che mentre ogni obbligazione può esser realizzata su tutto il patrimonio del debitore, gli obblighi invece sopra accennati, come quello del *parietem reficere* nella *servitus oneris ferendi*, ammettono che il debitore possa liberarsene con l'abbandono dell'obbietto: *rem derelinquendo*. Questa particolarità era in diritto romano sancita a favore del proprietario servente nella servitù di appoggio (D. VIII 5, 6, 2); così pure a favore di colui dal fondo del quale eran caduti alcuni alberi nella via pubblica (D. XLIII 8, 2, 40); ed anche a questa forma di pagamento è da condursi l'istituto romano della *noxa*; il codice nostro poi l'ammette più estesamente nell'art. 643. Ma la particolarità di queste obbligazioni non ne muta la natura; in primo luogo non è certo se la facoltà di abbandonare la cosa sia concessa solamente prima o anche dopo che venga il bisogno di far le riparazioni. Se fosse concessa solo prima, non altererebbe l'obbligazione che non è ancor sorta. In secondo luogo, dato pure che tale facoltà sia ammessa anche dopo, non muta la natura dell'obbligazione, e non sarebbe altro che una partico-

lare forma di pagamento o soddisfacimento permessa dalla legge nei casi tassativamente contemplati. Ed anche le parole di Ulpiano (D. VIII 5, 6, 3) *hæc autem actio in rem magis est quam in personam* non indicano la speciale natura di un' obbligazione reale, ma sono un' espressione per indicare la possibilità dell' abbandono, e il diritto del proprietario dominante di pretendere le riparazioni da qualunque successivo proprietario serviente.[205]

Nello studio dei rapporti fra i diritti personali e i reali è un' ultima osservazione a fare, che cioè nella parte maggiore dei casi la causa della costituzione di un diritto reale è in una precedente obbligazione: nelle servitù e nell' ipoteca il legame di causalità è immediato, mentre nel dominio vi può essere di mezzo qualche cosa altra, come la tradizione o la trascrizione.

§ 25. — **Il concetto moderno della obbligazione.**

La obbligazione come era intesa dai Romani non era capace di una vera alienazione: *quod mihi ab aliquo debetur id si velim tibi deberi nullo eorum modo quibus res corporales ad alium transferuntur id efficere possum* (Gaio II 38). Per rispondere alle necessità sociali richiedenti la cessione dei crediti ricorsero ai concetti della rappresentanza e del *procurator in rem suam*, per modo che il vincolo giuridico rimaneva sempre nelle originarie persone contraenti. Queste conseguenze derivavano direttamente dalla prevalenza nelle obbligazioni dell' *elemento personale* sopra l' *elemento eco-*

[205] Le sole parole e non il concetto delle azioni che *mixtam causam obtinere videntur tam in rem quam in personam* (*Inst.* IV 6, 20) sembrano oscurare la netta distinzione tra diritti reali e personali.

nomico. Nell'antico diritto germanico pare [206] che neppur fosse nota la cessione dei crediti, ma vi rimediò la *clausola al portatore* sorta in Italia nel secolo ottavo per la quale il possessore del titolo agiva in nome proprio.

Per la CESSIONE DEI CREDITI è interessante la teoria dei glossatori formulata da Accursio al Cod. IV 15, 5: *est similitudo inter emptionem rei corporalis et dationem nominis; traditio sicut se habet in rebus corporalibus ita cessio in actionibus.* Nel diritto moderno la cessione è proprio un'alienazione di un credito, che il compratore acquista ed esperimenta in proprio nome; il venditore *cessa* di essere creditore, e d'altra parte il credito non si innova, ma rimane quello che era da principio, con le ipoteche o i vizii di nullità che aveva. In questo modo l'obbligazione diventa un bene economico, un diritto patrimoniale, indipendente dalla individualità delle persone che l'hanno costituita, e trasmissibile dall'uno all'altro. Nel diritto commerciale ha speciali norme la *girata* delle cambiali, e le principali particolarità sono due: la prima è che il girante oltre al trasmettere il titolo cambiario costituisce una propria obbligazione, sì che chi gira una cambiale falsa e nulla non trasferisce un credito esistente, ma crea un suo proprio obbligo; [207] la seconda particolarità è che il girante o cedente rimane obbligato non solo per la esistenza, ma anco per il pagamento del debito. [208] Ho accen-

---

[206] Così il Brunner *Das französiche Inhaberpapiere* (1879) pag. 12. Ammette invece la cessione lo Stobbe nella *Zeitschr. f. Handelsrecht* XXI 478.

[207] Art. 328 del cod. comm. Nel dir. civ. un credito nullo, ceduto anche cento volte, non rende alcuno nè debitore nè creditore. La cessione però fatta in mala fede o per colpa può dar luogo alla responsabilità dell'art. 1151.

[208] Art. 256 del cod. comm. paragonato con l'art. 1543 del cod. civ

nato a queste disposizioni del diritto positivo perchè mostrano quale sia il concetto moderno dell'obbligazione: un concetto cioè economico e patrimoniale.

Si è già accennato ai TITOLI AL PORTATORE sorti in Italia nel secolo ottavo, e dal secolo decimoterzo in poi usatissimi anche nel diritto francese, tedesco e olandese. Le clausole consuete ne mostrano la natura: *cui breve in manu paruerit,* o anche *wer diesen Brief inne hat,* o anche *à celui qui ces lettres porterait.* A parte tutte le dispute dei giuristi sopra questo genere di obbligazioni, qui interessa solo notare che il creditore non vi è indicato, ed è *il possessore del titolo.*[209] La qual cosa nel concetto romano non era possibile, perchè l'elemento strettamente personale impediva che avesse pieno effetto l'elemento economico. Nel medio evo invece e anche più nei tempi moderni può aversi un obbligo di fronte ad una *persona incerta,* la quale sarà determinata da un fatto posteriore; come il possedere il titolo; o trovare una cosa perduta; o vincere un premio; o accettare una cosa ai prezzi di precedenti tariffe.[210] Quando io prendo un biglietto per salire in vaporiera, si fa un contratto fra me e l'amministrazione delle strade ferrate; ma questo contratto non ha nulla di personale, non ammette i personali rapporti di domanda ed offerta: sono io che, persona non conosciuta, pago il prezzo di una tariffa fissata da altri. E pure si ha una vera obbligazione, perchè il diritto che ne sorge non è una potestà sopra una cosa e non è dunque un

---

[209] Il possesso dei titoli al portatore val titolo, come dice l'art. 707 del cod. civ. Però agli art. 708 e 709 del cod. civ. fanno eccezioni in favore dei titoli al portatore gli art. 56 e 57 del cod. comm.

[210] Se questa forma di contratti fosse nota al diritto romano è cosa dubbia. Per il diritto barbarico l'*Ed. Theod.* 130 dice: *quod promissum fuisse constiterit ut fur comprehendatur, merito debetur et oportet exsolvi.*

diritto reale, ma è una facoltà concessa a una persona: chi sia questa persona non importa saperlo prima, e basta che la si possa determinare al momento del pagamento; la quale determinazione alla sua volta può derivare non solo da indicazioni contrattuali del nome del creditore, ma anche da *fatti posteriori* come è il possesso del titolo o simili altri. Non è chi non veda quanto questi nuovi concetti favoriscano la vita commerciale.

Questa larghezza ed elasticità delle obbligazioni trovò buona base nella base stessa del vincolo obbligatorio, che è la volontà umana. Riconosciuto infatti che l'uomo può volere tutto ciò che riguarda il suo patrimonio, e che al suo consenso deve la legge dare forza ed effetti giuridici, si ebbe la formola più semplice che possibile della obbligazione: un vincolo cioè liberamente posto dalla volontà umana. Non è a dire con quanta gioia alcune filosofie passate godessero di estendere per tutto quest'idea così semplice e così bella, e cercassero di spiegare ogni istituto con il concetto del volere dell'uomo: lo applicarono anche alla società che imaginarono sorta da un CONTRATTO SOCIALE! Del resto è ancora comune il vizio logico di sostituire la forza volitiva umana a quelle altre molteplici cause indipendenti dall'uomo che generano i fatti sociali: per questo lato le scienze moderne procedono trionfanti nello scoprire le cause economiche politiche biologiche, e ridurre sempre più a ben poco la potenza un tempo tanto creduta della volontà individuale.

Nel campo del diritto privato questi pericoli di una esagerata estensione del concetto della obbligazione non sono possibili: essa è ben determinata dal carattere d'essere l'antitesi del diritto reale, e dalla sua natura di essere un credito economico e patrimoniale: cioè commerciabile. Però una qualche tendenza di allargare

il concetto del vincolo contrattuale anche ad istituti che per la nostra tradizione ebbero fino ad ora una figura autonoma, comincia a farsi sentire; così qualcuno ha sostenuto che *il testamento è un contratto*, perchè si compone dell'accordo tra la precedente volontà del testatore e quella susseguente dell'erede.[311] Ma qui avviene ciò che suole avvenire quando a forza di indurre ed astrarre si perviene ad alcuni concetti generalissimi; che cioè li si trovano applicabili ad un numero immenso di istituti, senza che perciò ogni istituto non abbia poi i suoi concetti tipici e fisionomici. Il testamento si riduce ad essere in ultima analisi l'incontro di due volontà: forse perciò cessa di avere norme proprie e meritare d'essere un istituto giuridico a sè? Molti istituti giuridici possono aver comune un principio e tuttavia essere diversi per il complesso delle altre regole. È una questione di metodo logico e di tecnica giuridica. Le grandi categorie son fatte per contenere le norme comuni a molti rapporti diversi: così i diritti reali sono una categoria, nel seno della quale hanno poi norme proprie le servitù, il pegno, l'enfiteusi. Ma quando si vuol fare una categoria troppo estesa, allora diventa inutile. Perchè i contratti e i testamenti riunirli in una sola, cioè nell'incontro delle due volontà? Quand'anche lo si faccia, rimarranno due fisonomie distinte il contratto e il testamento con regole giuridiche diverse: lo sforzo d'astrazione logica per trovare il loro quid commune (la volontà umana) non serve a nulla. In questo modo anche il diritto reale; anche la procedura; anche le imposte; anche i rapporti pubblici; anche ogni altra cosa può farsi scolorire col toglierle i suoi elementi peculiari e concentrarla in un vincolo all'umana volontà. In questo modo

---

[311] Cimbali nel *Filangieri* del giugno 1884.

si arriverebbe anche più innanzi, e si troverebbe che *tutto* il diritto è un obbligo: e ciò a che servirebbe?

La conseguenza di quello che si è fino ad ora discorso è che il concetto delle obbligazioni civili è uguale a quello delle commerciali, perchè in ambedue l'elemento personale nel senso romano è scomparso per lasciare campo all'elemento economico e patrimoniale. La quale opinione non toglie che le OBBLIGAZIONI COMMERCIALI abbiano alcune norme e alcune forme e alcuni effetti speciali, dipendenti dalla stessa e più elevata causa per la quale una parte del diritto privato ha dovuto assumere una particolar figura, diventando diritto commerciale. Così la solidarietà sempre presunta nei debitori; la forza delle consuetudini pei contratti; i modi più pronti di esecuzione; le regole privilegiate della cambiale, del trasporto, delle società di commercio; la maniera particolare di eseguire i crediti sul patrimonio del debitore, cioè il fallimento; la maggior larghezza nelle prove, in ispecie testimoniali; queste e altre speciali norme hanno la base loro nei bisogni economici della moderna società. Il pensiero di imitare la Svizzera e fare un CODICE UNICO DELLE OBBLIGAZIONI tanto civili quanto commerciali è forse attuabile, ma richiede una lunga preparazione di studii serii. Per ogni lato si affaccia sempre quella verità più volte detta, che il diritto dà veste e forma, coordinando e formulando, alle condizioni sociali del popolo.

Concludo: l'obbligazione dei diritti moderni è un vincolo giuridico fra due persone, le quali non è necessario che mantengano la loro fisica individualità, ma possono sostituirsi in modo che il credito diventi un bene economico commerciabile.

§ 26. — La funzione sociale dei contratti.

È facile comprendere che il contratto rappresentando l'azione individuale creatrice di un rapporto fra due persone, è concettualmente e storicamente in opposizione ai rapporti fissati da condizioni di fatto superiori al singolo volere. Ho detto concettualmente, perchè tutto ciò che esiste come fatto naturale ha cause e ragioni di essere in tutto, fuorchè nella volontà di una o poche persone. Ho detto poi storicamente, perchè l'evoluzione sociale fu diretta dalla *comunità* all'*individuo*, e nei popoli giovani l'organamento degli uomini e di tutte le forze è fissato in istituzioni alle quali l'individuo non può sottrarsi; la soggezione ai vecchi e ai forti della tribù e al potere del padre nella famiglia dà luogo a ordini e norme coattive, e non a contratti che sono patti fra persone uguali. Il Maine[212] fa queste osservazioni piene di verità: «La società moderna si distingue principalmente dall'antica per la grande parte che vi hanno i contratti. Nei popoli primitivi l'individuo crea ben poco di diritti e di doveri; le regole alle quali obbedisce sorgono dalla condizione nella quale è nato, o dai comandi dati dal capo della sua famiglia, sì che rimane un piccolo posto al contrattare. Il dovere di mantenere la propria parola è una delle conquiste più lente della civiltà.»

I rapporti sociali di una società giovane sono dunque per massima parte rapporti inerenti alla nascita o alla carriera che si esercita; sono cioè quello che i Romani chiamavano *status* in opposizione al contratto. Anche il bisogno di far convenzioni non poteva grandemente sentirsi, perchè ogni famiglia era economica-

---

[212] *Ancien Droit* pagine 288 e 295.

mente *autonoma*, cioè aveva casa propria e terreno proprio, e da sè produceva e lavorava ciò che la vita richiedeva: i prodotti non cangiavano mai di possessore in tutto il corso del loro processo produttivo, ogni οἶκος essendo ad un tempo proprietario di fondi capitalista intraprenditore.[213] A questo si aggiunga che nel regime delle comunità di villaggio e anche nel successivo regime famigliare, il soggetto dei diritti non è l'individuo ma la comunità o la famiglia: della quale osservazione sono numerose le conseguenze, ma intanto una di esse è la scarsezza dei contratti.[214] È finalmente da considerare un' ultima cosa, che quei CONTRATTI QUOTIDIANI che ogni popolo ebbe sin da principio, come le permute e le vendite nei mercati o nelle fiere, si esaurivano immediatamente e non potevano originare il concetto del contratto: quando chi dà un bue riceve subito una pecora, è esaurito ogni rapporto fra le due persone, tanto più se si pensa che sorsero posteriormente gli obblighi per l'evizione e per i vizii occulti. Per molto tempo adunque questi atti quotidiani non sorsero ad essere concepiti come contratti, ma rimasero nella vita senza generare conseguenze giuridiche: furono cioè un FATTO e non un DIRITTO.[215]

Lo sviluppo dei contratti è intimamente ligato con lo sviluppo dell' individuo e col perire della comunità; e queste due cose dipendono alla loro volta dall' evoluzione sociale, dal crescere del commercio, dal progresso delle condizioni economiche, dalle industrie, da

---

[213] Hildebrand nei *Jahrb. f. Nationalökonom.* anno 1869 vol. I.

[214] Il diritto romano che ebbe presto il sistema della proprietà individuale concesse da prima la capacità giuridica non a tutti ma solo al *pater* d'ogni famiglia. Vi sono infatti traccie di un tempo nel quale solo i padri e non i figli potevano fare contratti: ciò è mostrato nel mio *Manuale di Storia* pag. 127.

[215] Ciò ho maggiormente spiegato nel mio *Manuale di Storia* pagina 132.

tutta la vita. La storia dei contratti è dunque la storia della civiltà. Quando nel medio evo l'individuo tornò a cedere di fronte a forze superiori, tornò a restringersi il campo dei contratti, i quali nel regime feudale avevano ben poco posto. Ma anche prima era avvenuto qualche cosa simile nel cadente impero romano, e ai tempi di Costantino il *colonato* era cessato di essere una convenzione e doventava uno status o condizione sociale; [216] sorse molto probabilmente dalla tacita riconduzione dei fondi, lo stagnamento d'ogni attività rendendo perpetui i vincoli tra colono e padrone. E coloni divennero i liberi affittavoli e anche i piccoli possidenti che trovavano più utile vendere il loro tenue possesso che pagare l'imposta fondiaria. La legislazione imperiale continuò a proclamare la libertà individuale dei coloni, ma le leggi possono ben poco contro la realtà delle cose e nei fatti il colono era servo del padrone. A che cosa può servire una formale e vuota libertà, quando le condizioni economiche erano così avvizzite che il colono sarebbe morto di febbri e di fame, se usando della sua libertà avesse lasciato il campo ed il padrone?

Da quello che si è detto discende che il contratto come s'intende nel senso romano e moderno suppone la esistenza di due grandi istituzioni, che sono la *libertà individuale* e la *proprietà privata.* Il concetto delle obbligazioni civili s'è formato a poco a poco, e pari passu con tutte le manifestazioni della vita giuridica: esso riflette le fasi per le quali è passata l'individualità umana nei suoi rapporti con la società.

I filosofi si sono più volte posta la questione della ragion ultima della obbligatorietà dei contratti. PERCHÈ I CONTRATTI OBBLIGANO è una domanda alla quale fu-

[216] Lattes *Studii storici sopra il contratto di enfiteusi* pag. 96.

rono date risposte diverse; ma la considerazione della reale funzione dei contratti nella società può soddisfare questa ricerca. È a premettersi che la forza obbligante dei contratti ha avuto anche in uno stesso popolo una diversa base secondo il diverso stadio di evoluzione: nell'antichità di tutte le genti ariane questa base era la paura di violare il *votum* fatto agli dèi, e siccome era comune la superstizione che i morti e gli dèi tornassero al mondo durante i banchetti, così i voti e le promesse e gli atti solenni facevansi mangiando e bevendo, cioè alla creduta presenza divina. Le libazioni della *sponsio;* le focaccie matrimoniali nella *confarreatio;* i banchetti per l'ammissione di nuovi soci nella *sodalitas;* l'*in conviviis consulere* dei Germani, secondo che dice Tacito; tutti i casi dell'antica antropofagia sacra, della quale è un resto l'ostia cristiana; tutto ciò, dicevo, conferma il concetto su detto. All'elemento divino si congiunse la forza privata come altra forma di paura obbligante a rispettare le promesse, e una nuova serie di simboli espresse questo sentimento: tali furono l'asta guerriera (nelle sue parvenze atrofiate di bastoncino [*stipula germanica*] o di mazzettina di giunco [*vindicta*] o di spica di grano [*stipula romana*]) e la presenza dei vicini o di altri testimonii, garententi l'atto. Come stadio successivo di sviluppo la forza obbligante dei contratti sorse dalla *forma giuridica;* e finalmente si fondò sulla volontà umana e sul *consensus in idem placitum.* Ciò premesso, devesi tornare alla prima domanda circa la funzione contrattuale nella società. Il corpo sociale vive come qualunque altro organismo per mezzo di uno scambio e ricambio di forze e di servizii, in modo che fra le parti esista un armonico consensus di vita; ma siccome le parti della società non sono strettamente legate ma lontane e divise, e sono costituite da esseri intelligenti e capaci di un'azione spontanea,

così quello scambio di attività avviene per mezzo di *obblighi*, i quali sono imposti o dalla *legge* o dal *contratto*.[217] L'uomo dunque come individuo e la società come tutto alimentano la loro vita con uno scambio di servizii e prestazioni personali o patrimoniali: la forma di questo scambio è il contratto, il quale trova in esso la sua funzione sociologica. Quando la società è pervenuta a concepire la proprietà privata, e ritenere l'individuo capace di usare liberamente della propria persona e dei proprii beni (entro i limiti legali de' quali si dirà dopo), il suo diritto di disporne a vantaggio di un altro è evidente: avvenuta la disposizione, quest' altro vi ha fondato su speranze e propositi e perciò il disponente violerebbe un diritto altrui se rivocasse ciò che ha promesso. Questo è il duplice *giuridico* fondamento del contratto: la libertà cioè di disporre, e l' obbligo di non revocare la disposizione fatta. L'antica frase forense *quod initio est libertatis postea fit necessitatis* contiene la ragione giuridica della obbligatorietà dei contratti.

Il concetto comune è che il contratto prende la sua forza dalla *volontà umana*, e che è al dire dei Romani un *consensus in idem placitum*. Ma alcuni scrittori, e più che tutti lo Schlossmann,[218] si sono opposti a questo dogma della volontà (*Willensdogma*), oppugnando che la sola volontà umana possa giustificare la esistenza dei contratti; e questi scrittori si sono anche fondati sopra le recenti teorie neganti il libero arbitrio. Questa benedetta questione della libertà del volere si affaccia ad ogni momento, e la mia opinione è stata già esposta nel paragrafo tredicesimo; per ciò che concerne la materia contrattuale, osservo che le pre-

---

[217] Sulla natura dell'*organismo sociale* veggasi lo Spencer *Principes de Sociologie* II § 220.

[218] *Der' Vertrag* 1876.

stazioni personali o patrimoniali sono da una persona promesse ad un' altra per mezzo del contratto, cioè di un atto che l' individuo compie senza esterne coazioni. Che a tale promessa ognuno s' induca per alcuni *motivi* e che non ci sia libero arbitrio nel senso scolastico, è cosa certa che non infirma ciò che si è detto: l' individuo opera per motivi, e quando questi motivi lo spingono a fare un contratto, la giustificazione *concreta* del contratto è appunto in quei motivi; la *giuridica* è nella sua volontà (nel senso semplice di determinazione psichica) di disporre una cosa; la *sociale* è nello scambio di servizii che pone in essere.[219]

La determinazione psichica dunque genera l' atto che promette un servizio personale o patrimoniale, ed è quello che i giuristi dicono CONSENSO; non s' intenda questa parola come necessariamente esprimente il libero arbitrio od una vuota formale assoluta libertà, ma indicante l' atto psichico non violentato nè da forze esterne (*vis*) nè da anormali forze interne (*error, timor* ec.). Entra qui la ricerca del giudice, ed entrano pure tutte le difficoltà che sono nel diritto penale per determinare la responsabilità di una persona, e scomporre nei varii motivi un dato volere: questo è il terribile problema dell' avvenire, pieno di dubbii e lontano dall' essere risoluto. Un lato di questo problema ha una grande importanza sociale: se gli atti umani e

---

[219] Ogni sistema filosofico ha giustificato i contratti col concetto dominante in quel sistema. Il Vico (*De univ. iuris princ.* n° 51) deriva l'obbligazione dal precetto *bona fide agito,* e così fanno molti moderni; l'Ahrens (*Corso di Dir. Nat.* pag. 228 della trad. ital.) dalla necessità che ha l'uomo di realizzare i fini della vita; altri dal rispetto della persona e della volontà. Il Kant (*Metaph. Anfangsgründe der Rechtslehre* § 19) disse che la forza obbligatoria dei patti è un postulato della ragion pura, e non può essere dimostrato. — Su di ciò ha scritto il Cimbali nell'*Arch. Giur.* XXXIII 186 e nella *Nuova fase del dir. civ.* pag. 311 e seguenti.

perciò i contratti sono fondati sopra i motivi psichici; e questi motivi sorgono dalle condizioni fisiche mentali sanitarie ereditarie economiche sociali dei contraenti; e le singole persone (come operai, poveri, ammalati nevrosici) possono essere spinte a contratti dannosi a loro e alla società; se avviene tutto ciò, quando e come e quanto potrà lo stato intervenire a frenare la così detta *libertà dei contratti?* È una questione di limiti e di ingerenza sociale.[220]

I LIMITI AL CONTRATTARE che pone lo stato derivano dai bisogni sociali di frenare l'uso assoluto che l'individuo possa fare della sua persona e dei suoi beni: la civiltà può considerarsi come una continua lotta e una serie aumentantesi di accordi fra due forze opposte: l'*individuo* e la *comunità.* Può ripetersi qui quello che si disse dei limiti alla proprietà privata: che cioè questi limiti non derivano dal diritto, ma da ragioni di ogni altro genere, come divieto a promettere fatti impossibili fisicamente, o la regola economica e sociale che non si può obbligare la propria persona in perpetuo, o la norma di morale pubblica che le azioni illecite non si possono stipulare. A ciò si aggiungono e crescono sempre più i *limiti sociali,* come quelli che riguardano i contratti pel lavoro dei fanciulli o delle donne o nelle miniere, e come quelli che alcuni invocano circa i salarii.

Il diritto formula questi limiti, ma non li addita: li additano invece le altre scienze, e in genere i bisogni

---

[220] La moderna crescente attività dello stato porrà all'*individuo* molti limiti per l'utile della *società,* e anche il diritto privato ne sentirà riverbero. Qui preme notare che queste forme di socialismo di stato non dipendono da questioni giuridiche, ma economiche politiche sociali: il diritto è indifferente, e veste sanziona coordina ciò che gli è dato dalla vita. Sotto questo punto di veduta è vero che *il diritto è una forma.*

della società. La proprietà e il contratto seguono la stessa via: dominati oggi dall'individuo ripigliano a poco a poco la loro funzione sociale: capitalisti, società anonime grandiose, ricchi e forti pongono in essere i fatti, che costituiscono la questione sociale, sotto forma di contratti: se lo stato dovrà limitare questi fatti, dovrà pure porre limiti maggiori alla libertà del contrattare, e il diritto non si opporrà alle riforme dei nuovi tempi, ma nella sua qualità di *regola* e *forma* troverà il modo di mutarsi ed essere eternamente giovane.

§ 27. — La costruzione giuridica delle obbligazioni.

La costruzione giuridica dell'obbligazione tiene conto dei due suoi caratteri, il personale e il patrimoniale, per i quali non è più un vincolo inscindibile dalla persona contraente, ma non è neppure un rappresentativo della moneta circolante. Anche i titoli al portatore, che sono la forma più obbiettiva del credito, non possono ridursi a diritti incorporati nel solo titolo e non sono perciò beni mobili per natura, come erroneamente il Vidari sostiene. Ogni promessa è un fatto che si compone di molti elementi, ma non tutti il diritto li assume ad elementi giuridici essenziali, e su questi deve portare la filosofia del diritto il suo giudizio.

Quanto alle FORME CONTRATTUALI si compì quella legge evolutiva che regola tutte le forme, cioè la loro continua e lenta diminuzione. Ma diminuzione non è morte, e anche i popoli moderni più civili mantengono alcune formalità necessarie perchè una promessa diventi giuridica; anzi il diritto commerciale ha mostrat[o] quanta utilità e garenzia sociale stia nelle forme, e n[e] ha prescritte maggiori che il codice civile: si pensi all[a] cambiale e alla società, le quali non falsamente so-

glionsi dire *contratti formali* nel senso che l' adempimento delle non poche solennità è così essenziale, che il trascurarle è causa di nullità. La pubblicità nell' interesse dei terzi; la possibilità di provare il consenso dato; la serietà dell' atto, sono gli scopi della legge quando impone alcune forme. E anche in queste forme c' è stata la sua evoluzione: dai simboli gesti parole sacramentali si è passato ai testimonii; da questi, riconosciuti essere una forma fallace in un popolo civile, alla scrittura; dalla scrittura all' intervento di una pubblica autorità. Ed oggi le forme precipue per i contratti sono appunto l' atto scritto e la trascrizione. Quale è l' avvenire di queste forme? Non che scomparire è possibile che aumentino, pur modificandosi; anche a parte le ragioni fiscali (le quali talvolta tentarono persino di dire nulli gli atti non registrati), è evidente che i contratti sugli immobili dovranno risentire influenza dall' istituto dell' intavolazione o da qualunque altro sistema che sarà adottato.

Le FONTI CONTRATTUALI la dottrina è solita distinguerle in contratti, quasi contratti, delitti, quasi delitti, e aliæ causarum figuræ. La distinzione è tradizionale ed è nel campo della scienza giuridica oggetto di disputa; qui possono osservarsi due cose: prima di tutto che le obbligazioni son tutte le stesse da qualunque fonte nascano, e che importante è sapere quando c' è un obbligo e non già conoscerne il battesimo di nomenclatura; e poi che filosoficamente le fonti sono in ultima analisi due sole, il *fatto volontario umano* e la *legge*. Nella fine del paragrafo ventiquattresimo si è accennato alle *obligationes quæ ex re veniunt*, che nascono cioè da una condizione di fatto, come essere padre (alimenti), condomino, coerede, possessore, enfiteuta e simili altre vesti giuridiche: qui deve ricordarsi che tali obbligazioni solite a chiamarsi *reali* sono

vincoli personali come gli altri, e che la loro particolarità di passare nei successori anco particolari di quella condizione di fatto non le snatura, ma deriva anzi dalla natura loro.

Ad ogni obbligo giuridico è essenziale la CAUSA DEBENDI, imperocchè non sarebbe consenso serio e savio quello che si determinasse senza alcuna causa: o che si doni, o che si soddisfi un debito precedente, o che si dia una dote, o che si raggiunga qualunque altro scopo, è necessario che una causa ed uno scopo ci sieno. Ma ricercare in ogni caso i motivi della determinazione psichica sarebbe latrare in un ginepraio dannoso alle esigenze della vita sociale, e quindi il diritto ha saggiamente stabilito che *la causa si presume sino a che non si prova il contrario* e che perciò *non è necessario che la causa sia espressa.* Così dicono il codice civile (art. 1120 e 1121) ed il commerciale (art. 251): la differenza fra essi è questa, che mentre il diritto civile eleva la causa ad elemento giuridico nel senso che permette si dimostri la causa essere *nulla* o *simulata* o *illecita* (art. 1119 e 1122), invece il diritto commerciale non permette generalmente questa dimostrazione per le cambiali (art. 324).

L'OGGETTO DELLE OBBLIGAZIONI, cioè la prestazione di un fatto (*fare*) o di una cosa (*dare*) che è il contenuto dell'obbligo fatto sorgere fra i contraenti, deve avere alcuni caratteri che il diritto di tutti i popoli civili ha riconosciuto: è infatti evidente che tale oggetto sia *possibile,* tanto fisicamente quanto giuridicamente; che abbia un valore economico, tale cioè che *pecunia lui præstarique possit;* e che rappresenti un *interesse.* Sono noti gli sforzi e le vittorie della dottrina per estendere più che possibile i limiti del concetto di interesse, in modo da abbracciare anche l'interesse morale e arrivare sino al *prætium affectionis;*

e in questo senso l'evoluzione giuridica ha accompagnato tutto il grande svolgimento del commercio e dei rapporti sociali. È un alto principio filosofico e giuridico che qualunque diritto, personale o reale, contenga una *utilitas* di chi lo pone in essere; ma la libertà moderna deve lasciare un campo così vasto agli apprezzamenti interni sopra l'interesse proprio, che per regola generale tale interesse si presume. Le frasi romane *nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur* (D. L 17,55) e *nemo damnum facit nisi qui id fecit quod facere ius non habet* (D. L 17, 151) sono vere anche oggi, e sebbene sieno ispirate ad un individualismo potente, pure non fanno che confermare il concetto che ogni atto si presume utile a chi lo fa sol perchè lo fa, ed è permesso quando non violi la legge o i diritti altrui. Niun dubbio che l'elementò *sociale* potrà e forse dovrà temperare l'elemento *individuale*, e che accrescerà i limiti delle singole azioni, in ispecie per ciò che riguarda l'uso indeterminato della proprietà immobiliare; ma finchè tali limiti non sono fissati dalla legge non può il diritto fare ciò che religione e morale fanno, entrare cioè nei motivi intimi determinanti un atto e giudicarne la legittimità secondo che un vero ed equo interesse oppure un capriccio o ripicco li hanno prodotti. Per questa ragione non ammetto che si debbano proibire i così detti ATTI EMULATIVI, quelli cioè che alcuno compirebbe nella sfera del proprio diritto ma con niuna o minima utilità propria e con animo di nuocere ad altri. E ciò non ammetto non già perchè la legge debba sanzionare i ripicchi altrui, ma perchè l'interesse richiesto dal diritto deve avere una così ampia significazione da comprendere anche un interesse subbiettivo che solitamente non rappresenti un' utilità obbiettiva. Agire nei limiti di un diritto è già sommo interesse, perchè sebbene una data azione possa non fondarsi direttamente sopra un

evidente vantaggio, pure concorre a raggiungere il generale e plausibile interesse e vantaggio, che è *realizzare il proprio diritto.* Ciò che importa è che non si arrechi danno ai terzi (dico *danno,* e tale non è il cessare di avere un lucro che nasceva dal fatto che un altro non usava del suo diritto),[221] e che non si violi la legge: la legge può infatti porre limiti ai diritti individuali, e la gran parte che l' elemento *sociale* ha nella proprietà lo farà sempre più risaltare. È infatti certo che il sistema giuridico romano era animato da un *individualismo* prevalente; che le influenze germaniche del medio evo l' avrebbero temperato, se non avessero per massima parte soccombuto innanzi alla tradizione romana e alle condizioni politiche di allora; che l' ispirazione individualistica ha invaso sempre e invade le dottrine dei giuristi e i codici moderni; e che un rinfrescamento ed ammodernamento delle dottrine e dei codici nel diritto privato per coordinare meglio la *società* con l' *individuo* sono cose possibili e sperabili, purchè scrittori e popoli abbiano la necessaria pazienza di maturare le riforme in molti e molti anni: evoluzione ma non rivoluzione, come dice una frase vecchia. Nel medio evo la *æmulatio* (parola che si pretendeva usata in quel senso dal D. L 10, 3 e dal C. XII 58, 1) fu a poco a poco oggetto di una teoria costante, e in modo particolare applicata ad impedire la costruzione di opere nocevoli ai vicini e inutili al proprietario, o l' apertura di finestre non aventi altro scopo che scoprire i segreti dei frati, come diceva Cino da Pistoia, e vedere la bella moglie del vicino.[222] Il diritto canonico favorì la proi-

---

[221] D. XXXIX 2, 26: *non debeat videri is damnum facere qui uti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur.* È un principio filosofic perchè è generale e vero.

[222] Altri casi e tutta questa teoria trattò lo Scialoia nell'*Encic Giur.* sotto la voce *æmulatio.*

bizione degli atti emulativi con il rendere grande l' influenza delle norme morali su le giuridiche e con il negare il *diritto* quando era fonte di un *peccato.* Ma nel puro diritto privato gli atti emulativi non possono essere proibiti sol perchè emulativi, perchè il capriccio di chi li fa è motivo intimo che la legge non può ricercare: se alcuni di essi sono vietati, è perchè evidentemente sono inutili, e mancando la *utilitas* manca l' *ius.* Così il possessore che ha fatto alcune spese nel fondo altrui non può portar via quelle cose che non avrebbero più alcun valore come il *corradere picturas* (D. VI 1, 38), e solo in questo senso va intesa la frase di questo testo *malitiis non est indulgendum;* così il mandare con animo doloso il fumo nella casa del vicino può esser proibito quando sia palese l'*animus iniuriandi* (D. XLVII 10, 44) o quando arrechi danno altrui (D. VIII 5, 8, 5). In materia di acque i bisogni economici obbligarono il diritto a porre limiti speciali alla proprietà, e impedire che il fondo superiore cui va l' acqua, che scenda da un monte, se ne impossessi in modo da non far bene a sè stesso e nuocere al fondo inferiore: in questo senso il D. XXXIX 3, 1, 11 e 12 dice che *prodesse sibi unusquisque dum aliis non nocet non prohibetur.* E come limiti legali all' uso delle acque devono intendersi le disposizioni contenute negli articoli 544, 545, 578, 598, 600, 606, 609, 610, 612, 613. Gli atti emulativi dunque non sono proibiti, perchè diverso è il supremo principio del diritto, cioè l'*utilità* la quale è ampia e per regola si presume, e non è necessario che sia obbiettiva, cioè tale per tutti, ma basta in genere che sia subbiettiva. Gli atti *evidentemente* inutili sono proibiti, appunto perchè dove non c' è l' utilità non v' è il diritto.

§ 28. — Contratti nominati.

Il lavoro logico e giuridico sulle obbligazioni è pervenuto induttivamente ad un' evoluzione sistematica che non può farsi maggiore, perchè ha trovato le *norme generali* a tutti i contratti (art. 1103). Un giurista non mediocre può solo apprezzare la utilità di tali norme, e il grande progresso che il loro ritrovamento segna in confronto ad un periodo primitivo nel quale pochi e numerati sono gl' istituti giuridici. Se si pensa che il diritto privato è riuscito a ciò cui non è arrivato il pubblico, a fissare preventivamente le regole per qualunque anche strana e complicata contrattazione, che le parti vogliano porre in essere; e presentare per così dire un sistema di cure e rimedii per qualunque anche nuova e rara malattia; se si pensa a ciò, si comprende l' importanza pratica e filosofica delle REGOLE GENERALI che il diritto ha formulato per tutti i contratti. I quali la dottrina romana comprese in quattro estesissime categorie, che sono: *do ut des; do ut facias; facio ut facias; facio ut des.*

Ma il diritto ha preso in considerazione alcune figure più comuni di obbligazione, e ne ha fatto i contratti nominati, stabilendo per essi le norme speciali che la natura e l' uso loro richiedono. Donde furono prese queste norme? La loro origine ha un grande interesse scientifico e storico e pratico: alcune di esse furono create dal legislatore per meglio attuare e sviluppare un istituto già esistente o anche (ed è il caso più frequente) per coordinarlo logicamente tanto con le altre figure giuridiche quanto con i principii generali. Ma la parte più numerosa e più essenziale di quelle norme altro non è nella sua origine che i patti privati soliti a porsi dai contraenti e soliti per consuetudine a ripetersi, e

poi dal diritto presunti stipulati anche se il contratto non ne parli. L'enfiteusi, per esempio, quando divenne con Zenone contratto nominato si ritenne costituita di tutti quegli elementi (migliorie, canone, diritto di alienare, ec.), che prima il concedente e l'enfiteuta ponevano nel contratto; l'evizione nella vendita dovento norma per ogni venditore quando fu costante in pratica il ripetersi della *stipulatio dupla de evictione præstanda;* i soliti patti dotali furono da Giustiniano presunti in ogni dote, il quale arrivò a dire *stipulationem inesse dotibus* anche quando non s'era fatta stipulazione alcuna. Il valore filosofico di queste considerazioni è questo, che quasi *tutto* il diritto contrattuale è sorto dalla costante ripetizione dei patti privati; e questi patti furono dalle parti posti nei loro contratti per soddisfare i bisogni che direttamente sentivano. E come le parti trovavano subito la clausula contrattuale che soddisfacesse un'esigenza economica? In molti casi il ritrovamento era ed è intuitivo: in molti altri interveniva il consiglio dei giuristi i quali davano lo schema per i contratti privati. E così la giurisprudenza venne ad avere tanta importanza nella creazione del diritto, perchè creando le clausule contrattuali che poi tutti ripetevano veniva a creare un insieme di consuetudini, le quali poi il diritto accettò e ridusse ad elementi essenziali o naturali di un dato contratto che divenne perciò nominato, cioè *nomen per legem assumpsit.*[223] Per calmare gli entusiasmi di alcuni per la consuetudine come fonte spontanea del diritto deve a quello che già si disse sopra (a pagina 48) aggiungersi anche questo, che la parte maggiore delle consuetudini giuridiche è la ripetizione di clausule patti formule trovati e con-

[223] Veggasi il mio *Manuale di Storia* pag. 162, 163 nota 236, 166, 171 nota 250.

sigliati dai giuristi. Il che conforta quanto si è già detto (pagina 78 in fine) che la giurisprudenza oggi *interpreta*, ma un tempo *creò* il diritto: oggi infatti basta pronunciare il nome di un contratto perchè si abbiano tutti gli effetti che la legge gli attribuisce; ma in origine i contratti nominati non esistendo o essendo pochissimi, doveano le parti prevedere tutto con patti, e il contratto che volevano porre in essere crearlo per mezzo di clausule apposite.

La serie dei contratti nominati è oggi grande, ma non è chiusa: il continuo progredire delle industrie e dei traffici ha dato luogo a nuove figure contrattuali, alle quali ora si provvede con patti privati e poi si dovrà provvedere con *simili* disposizioni di legge. Il recente codice commerciale italiano offre di ciò alcuni esempii molto significativi; e a questo ordine di idee appartengono i CONTRATTI INDUSTRIALI moderni, come le concessioni ferroviarie e le speculazioni sopra i terreni atti a fabbricarvi. I concetti del puro diritto privato non possono abbracciare questo lato della vita moderna, e intanto a promuovere tali studii si dovrà nelle università fondare un corso di *diritto industriale*.

CAPO III. — LA FAMIGLIA.

§ 29. — Le origini della società famigliare.

Le origini della famiglia sono fra i sociologi argomento di disputa, e gli studii comparati hanno data grande copia di osservazioni su le quali si fondano i celebri lavori del Morgan [224] del Mac Lennan [225] e del

[224] *Ancient society — or researches in the lines of Human Progress from savagery, through barbarism, to civilization* London 1877.
[225] *Studies in ancient history, primitive marriage* London 1876.

Bachofen.[226] Le più antiche tradizioni della nostra razza ariana, i racconti biblici, i racconti di Omero, i più lontani ricordi storici aveano fra noi resa comune e inconcussa l'opinione che la famiglia è sorta col sorgere della società, e che anche la originaria famiglia era ordinata a PATRIARCATO, cioè ad un sistema di mogli e figli e servi sottoposti tutti all'illimitato potere del padre. Però i sopra accennati studii comparativi sono pervenuti a resultamenti diversi, osservando le origini dei popoli orientali e alcuni selvaggi moderni dell' Australia e dell' America, e hanno fatto sorgere la seguente teoria: che da prima gli uomini hanno vissuto nelle così dette *orde promiscue,* congiungendosi con l' altro sesso senza vincoli civili e sociali; poi, ordinata la società a *tribù,* la famiglia si formò attorno alla donna, fu ammessa la *poliandria*, e s' ebbe il MATRIARCATO per il quale, ignoto essendo il padre, i figli e i parenti prendevano norme e nome dalla madre; con lo sviluppo della civiltà cominciò a sorgere l' idea che il figlio fosse stato generato per opera dell' uomo, e l' artificio della *couvade* condusse all' idea del padre: si ebbe allora il patriarcato, prima nella forma di poligamia, e in fine in quella di monogamia.[227] Il Maine[228] ha oppugnato questa teoria come teoria generale, e ha negato che tutte le società debbano esser passate per quegli stadii di evoluzione; ammette che in alcune tribù sia stata e sia la poliandria, ma non ne trova traccia alcuna nei popoli ariani o per lo meno quei pochi casi che sono ricordati fra gli Spartani antichi[229] e gl' Indiani mo-

[226] *Mutterrecht* Stuttgart 1861.

[227] Un libriccino che riassume bene tutti questi studii moderni è il Lippert *Die Geschichte der Familie* Stuttgart 1884. Un compendio fedele degli usi dei selvaggi è il Letourneau *La sociologie d'après l'ethnographie* Paris 1880.

[228] *La coutume primitive* capo VIII e specialmente la nota *a* intitolata la *gens*.

[229] Polibio XII 7, 782.

derni dell' America[230] sono l' effetto di una momentanea corruzione di costumi, ma non un necessario *stadio di evoluzione;*[231] e conclude che le comunità destinate a progredire si formarono tutte sul tipo di un *clan,* esogamo presso gli Ariani ed endogamo presso i Semiti, il quale aveva la coscienza di derivare per vincolo generativo da un dio o da un eroe, ch' era il primo capostipite.[232] La teoria patriarcale della società, cioè la riunione di famiglie sotto la potestà del più vecchio ascendente maschio, ha una tradizione straordinariamente antica; formulata da Platone (*Leggi* III 680) e da Aristotile (*Politica* I 2), appoggiata sui racconti sacri circa i patriarchi ebrei, fu un po' scossa nel medio evo dai sistemi filosofici compiacentisi di narrare lo *stato di natura,* ma tornò in onore più chiara e più vera nel secolo presente quando da una parte si studiarono le comunità di villaggio e dall' altra le istituzioni di Gaio diedero il reale concetto della gens romana. Le più antiche società sono ispirate al rispetto e alla paura per l' uomo sano più forte, ed ogni uomo forte nella lotta per l' esistenza è spinto dalla gelosia sessuale e s' impossessa della donna con esclusione degli altri: la promiscuità dei sessi e la poliandria sono dunque poco verosimili anche presso gli uomini primitivi. Il Darwin dice:[233] « Da ciò che sappiamo sopra la gelosia di tutti i maschi mammiferi può concludersi che allo stato di natura la promiscuità è immensamente improbabile. Se quindi si risale più che è possibile nel corso dei tempi, non trovasi probabile che la promiscuità abbia avuto

---

[230] Nel *Mahabharata* è il ricordo di una bella donna Drapaudi che fu moglie di cinque principi. Ne parla il Mayne *Hindoo law and usage* pag. 52.

[231] Maine *La coutume primitive* capo IV nota *b* intitolata *La polyandrie.*

[232] Di questa coscienza parlano tutte le tradizioni antiche.

[233] *Descendance de l'homme* (trad. franc. del Vogt 1872) II 380-387.

luogo fra gli uomini primitivi. A giudicare dalle abitudini sociali dell' uomo moderno e della poligamia di quasi tutti i viventi selvaggi, deve dirsi che l' uomo primitivo ha in origine vissuto in piccole comunità, ciascun maschio possedendo tante femmine quante poteva mantenerne e difendere contro gli altri. Nei tempi primitivi l' uomo era probabilmente poligamo o anche monogamo: ad ogni modo non poteva aver perduto un istinto comune a tutti gli animali inferiori, cioè l' amore della genitura. » Il dottore Le Bon [234] dice: « Nelle società degli animali più prossimi alla specie nostra si vede che l' animale è poligamo o monogamo, ma sempre geloso delle sue femmine, e le difende energicamente durante il tempo più o meno lungo che dura la unione, cioè il periodo necessario ad allevare i figli. » I curiosi fenomeni di promiscuità e di poliandria, citati dal Mac Lennan, sono veri, ma non indicano un necessario stadio di evoluzione di tutte le società: [235] si possono spiegare come effetto di popoli selvaggi ma vecchi, cioè corrotti e non progredienti, e di una occasionale mancanza di donne.[236] La teoria patriarcale dunque è fondata sopra la potenza dell' uomo forte, e sull' istinto della gelosia sessuale; la molecola fondamentale delle società antiche è la famiglia sottoposta al padre; più famiglie con la coscienza di derivare da un solo capostipite formano il *clan* o *gens;* più genti la tribù; più tribù lo stato. Il Maine li chiama *circoli concentrici formati successivamente attorno a un sol punto.*

Le comunità di villaggio ancora in molti luoghi esi-

---

[234] *L'homme et les sociétés* Paris 1881.

[235] Padelletti-Cogliolo *Storia del dir. rom.* pag. 156 nota *b.*

[236] Che per causa di guerre e dei ratti nelle società primitive sia avvenuta una sproporzione numerica fra le donne e gli uomini, ora essendo in numero maggiore quelle (poligamia) ora questi (poliandria) è mostrato dal Maine *La coutume primitive* pag. 284.

stenti non sono altro che gruppi di case e di famiglie vincolate da antichi rapporti di sangue: i centri amministrativi (*pagus*) e politici (*curiæ*), l'influenza dei vicinati (*vici, vicini*), l'agnazione romana, la stessa costituzione dello stato antico mostrano che nei popoli ariani le società si formarono sulla famiglia, e i varii membri non si riunirono volontariamente o causalmente, ma per vincolo di discendenza *maschile*. Che anche nell'occidente siavi stata qualche influenza orientale di matriarcato può ammettersi,[237] ma il tipo *patriarcale* non cessa perciò d'essere il tipo nostro fondamentale. Tutti i diritti privati e politici che oggi sorgono dal fatto d'essere *uomo*, prima sorgevano dall'essere *parente* e poi *cittadino*.

Il potere del padre convertivasi nel potere della famiglia sopra l'individuo: nelle società antiche la *collettività* è più forte dell'*individualismo*, e tutta la civiltà si riassume nella continua emancipazione dell'individuo dalla comunità. La rivoluzione francese del secolo passato è pervenuta in quest'indirizzo al punto estremo, e non è a dire quanto bene e quanto male ne sia insieme derivato: certo è che il secolo presente per mezzo dei poteri dello *stato* e delle varie private associazioni cerca di frenare l'esagerato individualismo e ricostruire, ammodernati e rifatti, i vincoli che la rivoluzione ha bruscamente distrutto. I membri di uno stato politico devono avere quella libertà e quella indipendenza che sono una delle più grandi conquiste moderne, ma d'altra parte devono avere fra di loro reciproci vincoli: questi vincoli erano nelle antiche società la *parentela;* furono nel medio evo il *feudalismo* e il *militarismo.;* ed oggi devono essere invece ispirati a

---

[237] Esempii di influenze etrusche matriarcali sul regime romano patriarcale veggansi nel mio *Manuale di Storia* pag. 74.

rapporti economici, al bene pubblico, al progresso delle industrie, e all' amor della patria.

In tutto questo progredire di tempi e di cose la famiglia ariana si è conservata monogama, ma ha avuto una lenta e immensa evoluzione: la condizione delle donne si è straordinariamente mutata; i figli hanno acquistato diritti non violabili nè anche dal padre; i peculii e i beni parafernali hanno cangiato il sistema patrimoniale; e ciò non ostante la famiglia è rimasta come istituzione fondamentale delle società moderne. Tra la famiglia e l'individuo è avvenuto un contemperamento di diritti e di doveri che i nostri codici riproducono, e per il quale essa ha perduto la sua potenza oggi insopportabile, ma ha mantenuto i suoi benefici effetti. Scomparirà la famiglia nel futuro? i socialisti seguaci dell' amor libero trionferanno? L' una e l'altra cosa non sono concepibili finchè le basi della società non mutassero in un modo che le nostre menti non sanno neppure concepire: è anzi da osservarsi che come la famiglia sorse prima della proprietà individuale, così potrebbe sopravivere a questa, perchè la famiglia può vivere in un regime di condominio famigliare o anche nel comunismo delle comunità di villaggio. In alcuni periodi storici e sotto l' influenza di alcuni fenomeni sociali la famiglia fu minacciata seriamente, come quella che generava all'individuo obblighi morali ed economici gravissimi: ciò avvenne ai tempi di Augusto in Roma e ciò avviene in grado minore oggi, quando allora e ora un esercito crescente di celibi attaccò i rapporti famigliari. Ma la famiglia trionfò sempre: corrisponde all' istinto della gelosia sessuale; offre all'uomo un benessere d'altronde non acquisibile; e nelle lotte intellettuali e sociali della vita è per i combattenti un insuperabile asilo di pace e di conforto. La famiglia potrà evolversi anche di più, ma non scom-

parirà: la donna dovrà (ne sono convinto) aumentare i suoi diritti e migliorare la presente sua condizione; lo stato potrà intervenire maggiormente nell'educazione dei figli; il patrimonio del padre e la dote potranno esser sottoposti a limiti e divieti più numerosi; ma la famiglia non scomparirà, avendo in tutti i tempi mostrato di possedere una mirabile facoltà di adattarsi alle nuove cose e al nuovo progresso. La grandezza delle nazioni è fondata sulla grandezza e sulla moralità delle famiglie, le quali sono i vivai dei cittadini buoni e dei forti soldati. La storia insegna che il corrompimento dei costumi famigliari fu l'indice di una pubblica decadenza, e che la forza passata e anche presente dei popoli nordici derivò in gran parte dalla compattezza, fecondità e salute delle loro famiglie. Le lotte dei socialisti contro la proprietà privata hanno almeno una base nella questione sociale e nel bisogno da tutti sentito di rimediare all'evidente malessere economico; ma le loro lotte contro la famiglia sono declamazioni criminose di menti traviate. E quando veggo un codice penale punire *chi turba la pace delle famiglie* posso ravvisarvi un reato non corrispondente alle esigenze della tecnica giuridica, ma posso pure e devo ravvisarvi un'alta tutela della pubblica moralità.

§ 30. — **Il matrimonio.**

Come qualunque atto importante ha un inizio solenne con solenni forme, così anche il matrimonio ha le sue. E queste forme furono diverse nei varii tempi, e sempre si divisero in due specie: in quelle cioè richieste dalla legge, e in quelle volute dai costumi. L'atto pubblico innanzi all'ufficiale dello stato civile e ai testimonii è secondo il diritto dei principali popoli moderni l'essenza del *matrimonio civile*. Negli usi nostri ha ancora

un grande valore la *forma religiosa*, e se v' è istituzione che più di tutte fu sempre unita alla religione è questa del matrimonio. La lotta presente fra la chiesa e lo stato, fra le influenze sacerdotali e i poteri laici ha gettato un grande riverbero sopra la temporanea lotta fra il matrimonio civile e il religioso, e non v' è chi non vegga come la controversia appartenga al pubblico più che al privato diritto. Ma i principii generali giuridici sono evidenti: l' importanza della famiglia, la legittimità dei figli, i doveri coniugali sono cose nelle quali lo stato deve intervenire, e il primo suo intervento è nel celebrare il matrimonio che è il fondamento della famiglia. I giuristi lo concepiscono oggi come *contratto*, e infatti è un vincolo fra due volontà liberamente posto; ma è un contratto così grave per i suoi effetti che lo stato gli impone una determinata forma solenne. Dai contratti sulle cose mobili alle immobili; da questi alla cambiale e alle società commerciali; e poi alla donazione; e poi al matrimonio; è un crescere di rigore e solennità nelle forme, perchè è vera la legge che tanto maggiori formalità impone lo stato quanto più socialmente importante è l' atto. Ma come le forme giuridiche contrattuali non escludono altre forme solite negli usi, quali sono il banchetto il giuramento la parola di onore e simili, così il matrimonio civile non esclude il religioso: nulla anzi dev' essere più grato allo stato e alla legge che essere le istituzioni sociali confortate e corroborate dai buoni costumi e dalle pie credenze. Ma quando avvenisse (e in Italia avviene) che la forma religiosa scompagnata dalla civile desse luogo a unioni illegittime e a piaghe sociali, allora lo stato avrebbe il diritto di prescrivere che non possa esser congiunto in matrimonio davanti il prete chi *prima* non lo fu davanti all' ufficiale dello stato civile. Non parlo poi della pretesa di alcuni che il matrimonio sia

valido con le sole forme religiose, perchè è evidente che lo stato moderno non può abbandonare il sacro dovere di tutelare un' istituzione così importante.

Il matrimonio genera un vincolo dissolubile o perpetuo? È la grande questione del DIVORZIO, su la quale argomenti di ogni genere furono in un senso e nell'altro addotti dagli scrittori. Importa qui osservare che il diritto è indifferente tanto alla indissolubilità quanto al divorzio e quanto ancora all' istituto della separazione: ed è indifferente nel senso che l' una o l' altra cosa deve accettarsi non per ragioni giuridiche, ma per altre di opportunità o sociologiche o di pubblica moralità. Quei sostenitori del divorzio i quali, fondandosi su la natura contrattuale del divorzio, trassero in campo la massima *quidquid eodem modo dissolvitur quo colligatum est,* mostrarono di credere che questa, che è questione *sociale* sia una questione *giuridica.* È questo il caso che l' elemento del tempo e del luogo ha un valore non piccolo, e perciò l' accettazione del divorzio va considerata nelle presenti condizioni dell' Italia: fissate poche e gravissime le cause del divorzio, non è a temerne inconvenienti ai buoni costumi, ma l' impressione che il divorzio farà nella coscienza pubblica non è cosa ancor ben determinata.

Come il contratto matrimoniale ha speciali e rigorose forme, così anche la capacità di porlo in essere può essere più ristretta. Ragioni infatti fisiche consigliano l' età minima dell' uomo e della donna; e in ciò lo sviluppo corporale dei varii luoghi è giudice supremo. Ragioni igieniche per la procreazione di una buona stirpe e ragioni morali radicate nei popoli ariani consigliano che si vietino le nozze fra i parenti più prossimi. E finalmente ragioni di tutela sociale consigliano che il consenso paterno sia necessario fino ad un' età superiore a quella fissata per l' emancipazione: specie

per gli uomini, più facili a contrarre connubii inconsulti. Una certa teoria socialistica, ormai sfatata, voleva che gli sposi giustificassero anche di avere il modo di mantenere sè e i figli: ma non è cosa seriamente sostenibile, perchè lo stato non può così direttamente farsi tutore degli interessi privati.

§ 31. — I rapporti fra lo stato e la famiglia.

Risalendo nelle più antiche società si trova minimo il potere dello stato nella famiglia, il padre essendovi re giudice sacerdote. Nelle comunità di villaggio, nei clans, nelle gentes sono consessi interni con funzioni sacre giudiziarie e amministrative; ma a poco a poco che tali associazioni naturali si affievoliscono sorge lo stato, il quale come organismo centrale chiama a sè i più alti poteri, e coordina gli interessi privati e famigliari agli interessi di tutta la società. Il sostituirsi dell' *individuo* alla *comunità;* l'apparire dei diritti dei figli contro la prepotenza del padre; il miglioramento della condizione delle donne di fronte al marito; sono tutti fenomeni che si appuntano nella tutela offerta dallo stato. E lo stato obbliga il padre all'educazione dei figli; impone l'istruzione obbligatoria; fissa l'età per l'emancipazione, prima lasciata all'arbitrio paterno; distingue il patrimonio dei varii membri; interdice il padre che sciupa i beni necessarii alla vita famigliare; fissa l'obbligo agli alimenti; determina i reciproci diritti successorii; punisce i mali trattamenti del padre; con le case di correzione frena l'irrimediabile condotta dei figli; e delinea i limiti estremi dei poteri famigliari. Ma l'interno della famiglia rimane sempre incoercibile a qualunque potere pubblico, e la parte più intima della vita coniugale e filiale fugge alle disposizioni del

diritto. I costumi, le norme morali, l'educazione intellettiva e tradizionale, i sentimenti di amore e di pietà reggono tutto ciò che non può mai essere sottoposto a regole giuridiche: in questo territorio è profonda la distinzione tra il FATTO e il DIRITTO. Chi paragona il diritto romano che accordava al padre il potere di uccidere la moglie e i figli con le sentimentali descrizioni che Columella e altri facevano della famiglia romana comprende che in questa parte il diritto non può essere imagine della vita: la vita ha molte cose che non sono e non possono essere diritto. Di fronte alla *manus* che giuridicamente dava al marito poteri sconfinati esisteva nel fatto la possibilità di un' opposta condizione di cose, che il citato Columella (*de re rustica* XII) descriveva soavemente così: *flagrabat mulier pulcherrima diligentiœ œmulatione studens negotia viri cura sua maiora ac meliora reddere: nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod maritus ac fœmina proprium esse iuris sui diceret.* Ed anche oggi qual profondo divario è fortunatamente fra la famiglia come è delineata dai codici e quella che è nella vita! La forza dei sentimenti umani e dei buoni costumi è più potente che la severità del diritto.

Anche nei rapporti patrimoniali alla comunità s'è andato sostituendo l' individualismo. In tutti i popoli e in tempi a noi prossimi i beni furono lungamente in condominio famigliare; il padre non poteva disporre nè vivo nè con testamento; i figli lavoravano e acquistavano per la famiglia. Le comunioni patrimoniali nelle famiglie dei contadini esistono anche oggi, specie sui monti appennini marchegiani, ove il capo di casa o *capoccia* è l'amministratore dei beni comuni: col diritto vigente non può riscontrarvisi che una società civile e non vi si possono applicare altre regole che le comuni del condominio, ma il sociologo vi ravvisa un avanzo

di un' antica normale condizione di cose. Le quali il progresso ha radicalmente mutato: i vincoli famigliari si sono così rallentati che i beni sono divenuti esclusivo dominio del padre; egli può disporre come vuole, e non ha che l' obbligo di alimentare ed educare i figli e lasciar loro la metà di quello che possiede. Anche i figli possono avere un patrimonio lor proprio, salvo l' usufrutto al padre finchè non sono emancipati. E anche la moglie può avere i suoi beni parafernali dei quali liberamente dispone; come contributo a sopportare i pesi del matrimonio c' è l' istituto della dote, che ha regole proprie determinate dal suo scopo.

La famiglia dunque è giuridicamente organizzata su le basi di quell' individualismo che ha trionfato col progresso: ma se gl' inconvenienti di un tal sistema così esagerato, che si fanno sentire nell' istituto della proprietà e richiedono una serie di leggi sociali ristabilenti l' equilibrio, non si sentono nella famiglia, è perchè l' egoismo individuale permesso dalla legge e poco temperato dal solo obbligo degli alimenti è invece frenato e diretto dai costumi e dai sentimenti di amore e di affetto, i quali suppliscono al rigore del diritto. La famiglia ha nei codici le linee fondamentali e i limiti ai suoi abusi, ma ha la sua vita quotidiana nei più forti istinti dell' uomo, nei più soavi palpiti del cuore, nella ancor meno corrotta parte delle costumanze sociali.

Anche la famiglia dovrà subire un' evoluzione consenziente con l' evolversi di tutto il resto, e specialmente i costumi i pregiudizii e i codici si muteranno in ciò che concerne la condizione della donna. Il Maine (*Inst. prim.* p. 403 e 419) dice pensatamente così: « Tutti devono ammettere che nell' accrescere l' indipendenza della donna circa la sua persona ed i suoi beni e nell' accordarle persino alcuni diritti politici, le società civili dell' Occidente non fanno che obbedire, come fe-

cero da secoli, ad una legge della loro evoluzione. Quando la condizione della donna sarà in tutto eguagliata a quella dell'uomo, la società che un tempo si componeva di famiglie compatte sarà prossima a quello stato ulteriore in cui si comporrà solo di individui (e di libere associazioni con scopi determinati). La così detta *emancipazione delle donne* è un effetto della sostituzione nella molecola sociale dell'essere individuale ai gruppi collettivi di individui. »

Capo IV. — LE SUCCESSIONI.

§ 32. — Il fondamento storico e razionale del diritto di successione.

In tutte le società antiche il fatto di succedere (per testamento o ab intestato qui poco importa) era connesso con il compimento di alcuni sagrificii in onore del morto. I morti erano dèi: e come la loro presenza era invocata con banchetti e perciò i contratti facevansi in convivio per potersi fare innanzi agli dèi, così la successione era nella coscienza comune giustificata dall'obbligo di compiere i sagrifizii all'antenato. Il CULTO DEGLI ANTENATI ebbe tanta parte nelle credenze antiche; e le credenze antiche furono la base di tante istituzioni giuridiche. Il Maine (*La cout. prim.* IV) ha messo in chiaro il rapporto sociologico fra il culto dei morti e l'eredità; e molte delle sue osservazioni giova qui ripetere. Dovunque fu ammessa l'idea che i membri sopravviventi della famiglia di un morto potevano con sagrifizii migliorare la sorte di lui nell'altro mondo: la chiesa cristiana nel medio evo considerava sotto questo aspetto i beni mobiliari, i quali potevano servire alla celebrazione di messe per liberare dal purgatorio l'anima del loro proprietario. Fu appunto su questa dottrina

che si stabilì la giurisdizione delle inglesi corti ecclesiastiche, le quali si impadronivano dei beni destinati a tal uso prima di procedere alla distribuzione; e tale giurisdizione fornita dei poteri necessarii contro gli esecutori testamentarii e contro gli amministratori delle successioni legittime, si è trasmessa alla odierna corte inglese « dei testamenti » (*Court of probate*). I nuovi schiarimenti su questo punto, di cui noi siamo debitori all' autore della *Cité antique* [238] consistono nella determinazione della natura degli enti divini a cui erano consacrate le offerte che, tanto in Atene come in Roma, esercitavano una sì grande influenza sulla eredità. Ben inteso che non si offrivano agli dèi supremi. Ma non si offrivano neppure alle più alte divinità del pantheon locale. « Il culto degli dèi dell' olimpo e quello degli eroi e dei mani non ebbero mai nulla di comune, » dice il Fustel de Coulanges. Il culto si rivolgeva ai morti, a quelli soprattutto che erano da poco entrati in una vita che si allontanava dalla passata esistenza poco più che il sonno dalla realtà. Le spese eccessive dei *sacra privata,* spese di cui si duole continuamente Cicerone nelle sue lettere private, sembrano anche oggi un tratto caratteristico del culto degli antenati; in China si spendono più di venti milioni di dollari nelle tre grandi feste celebrate in onore dei morti, e aggiungendo la media delle spese fatte da ciascuna famiglia, si spendono più di centocinquanta milioni di dollari per pacificare gli spiriti. Anche in India, dice il Maine, i riti e le oblazioni funerarie sono molto costosi, e gl' Indiani invocano l' elevazione del loro prezzo come argomento contro un' imposta sui legati e sulle successioni che gli Inglesi vi vorrebbero porre.

Sembra certo che secondo le idee primitive non solo

---

[238] Fustel de Coulanges *La cité antique* capo II.

l' antenato che si adora debba essere maschio, ma che anche l' adoratore debba essere un figlio o qualunque altro discendente maschio. Nello stato intellettuale che abbiamo supposto doveva sembrare che il limite della vita e della morte doveva essere molto facile a oltrepassarsi. Il morto era stato un sognatore vivente, ed era ora entrato per sempre nella vita dei sogni. Sembrava dunque conveniente che il sacrifizio venisse offerto da una persona che avrebbe preso essa pure a suo tempo il proprio posto nella catena degli avi deificati, e ciò non poteva essere fatto che da un discendente maschio. Ed ha origine da ciò il desiderio più intenso per i rampolli maschi, che caratterizza i popoli che adorano i loro antenati, e, come conseguenza di tale desiderio, un complesso di idee notevoli sulla paternità, sulla filiazione e sull' eredità, idee che debbono altre volte essere state largamente disseminate presso tutte le razze più vigorose, specialmente quelle di stirpe ariana. Vi hanno traccie evidenti di alcune di tali idee e dei costumi a cui davano causa, nelle antichità legali degli Ateniesi e degli Spartani, dei Romani, dei Celti irlandesi, degli Ebrei e dei Chinesi. Come è naturale, per il carattere profondamente sacerdotale della loro letteratura giuridica, l' esposizione più completa e particolareggiata di una organizzazione familiare foggiata ed impregnata dal culto degli antenati si trova negli antichi libri degli Indou. Ben inteso che non si può esser certi che tale sistema abbia altre volte esistito dappertutto nella sua integrità, qua se ne trova un segno, là un altro. Ma apparentemente vi fu una generale simiglianza fra le deduzioni che un gran numero di sacerdoti e di giureconsulti delle società antiche trassero dal principio che il sacrifizio e il culto di adorazione erano dovuti ai padri defunti dai figli maschi, sotto minaccia di severe penalità spirituali.

Io credo che noi non possiamo formulare nella nostra mente una spiegazione ragionevole del culto degli antenati e delle sue conseguenze legali, se anzitutto non pensiamo che quando nacque per la prima volta fra gli uomini, ciascun padre di famiglia appariva loro col carattere che conserva ancora nel principio della storia giuridica e che aveva probabilmente fin dalle origini dell'umanità, ossia il carattere di *paterfamilias.* La paternità fisica è pienamente riconosciuta, ma essa si unisce alla potenza protettrice. Quasi tutti i maschi sottomessi alla sua autorità sono realmente suoi figli, ma gli sono sottomessi egualmente anche qualora non siano del suo sangue, perchè fanno parte della sua casa, gli appartengono, se si può adoperare una espressione di cui il significato viene colorito da ulteriori nozioni. D'altra parte, considerando queste relazioni sotto il loro aspetto religioso e come potevano venir considerate da un giurista sacerdote, il figlio è l'unica persona che possa offrire con efficacia i sacrifizii. Il Bühler a proposito di Baudhâyana, che i sanscritisti indiani ed europei considerano generalmente come uno dei più antichi autori di diritto, dice: [239] « Unitamente ad altre autorità, Baudhâyana permette agli Ariani senza figli di soddisfare il loro desiderio di rappresentanti del loro nome, evitando così il pericolo di cadere dopo morti in un luogo di tormenti per la mancanza di oblazioni funebri, procurandosi, in undici diversi modi, l'equivalente di un figlio legittimo. I loro figli illegittimi, i figli illegittimi delle loro spose, i rampolli legittimi od illegittimi delle figlie, i figli di parenti ed anche di stranieri, che possono venir adottati solennemente o ricevuti come membri della famiglia senza alcuna cerimonia, tutte queste persone possono prendere il posto di un

---

[239] *Sacred books of the East* tomo II prefazione pag. XIX.

figlio legittimo ed invocare tutti i diritti relativi. » La persona che offre il sacrificio colle maggiori probabilità di efficacia per il mondo d'oltre tomba è dunque il figlio generato fisicamente dal padre e che di preferenza è nato da un matrimonio contratto con tutte le condizioni prescritte dal diritto sacro. E di tutti i figli il primogenito è verosimilmente il più atto a conferire a suo padre il beneficio dei favori spirituali.

A poco a poco la *hereditas* si liberò dai *sacra* e divenne anch'essa civile: ragioni economiche e famigliari diedero la base al nuovo diritto successorio. Le critiche socialistiche si scagliarono anche contro la successione: ma la ragion d'essere del diritto a succedere sta in due istituti combinati assieme, cioè la proprietà e la famiglia. Tutto l'edificio del nostro diritto privato è mirabilmente armonico, e fra tutte le sue parti è un intimo consenso: attorno ad esso è imperniata la società civile dei popoli europei, sì che mutare dalle radici una parte sarebbe mutare e sconvolgere la società stessa.

FINE.

INDICE DELLE COSE.

E

F

G

P

Q

R

S

T

INDICE.